Der

Einfluß der Konkurseröffnung

auf die

Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners

mit besonderer Berücksichtigung

von Pacht und Miethe.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Friedrich Zelck

Gerichtsassessor in Rostock.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1889.

Litteratur.

Schweppe. Gemeines Konkursrecht. 1. Aufl.
Bayer. Dasselbe. 1. Aufl.
Dabelow. Dasselbe. 1. Auflage.
Karsten. Ueber die Verhältnisse eines Pachtinteressenten. Hamburg 1808.
Trotsche. Der Mecklenburgische Zivilprozeß. I. II. 1866. 1868.
V. v. Meibom. Das Mecklenburgische Hypothekenrecht.
P. von Kühlewein. Das Mecklenburgische Hypothekenrecht seit dem Jahre 1871. Ergänzungsband zu Meibom's Hypothekenrecht. 1889.
Schultze. Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.
Fitting. Das Konkursrecht und Konkursverfahren. 2. Aufl.
Rassow über Fitting Konkursrecht in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 26. S. 445—449.
v. Völderndorff über Fitting Konkursrecht in der kritischen Vierteljahrsschrift.
v. Canstein. Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 9. S. 461—491.
Petersen. Juristische Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 9. S. 1—68.
Brachmann. Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners. 1883.
Oetker. Das Verfolgungsrecht. Kassel 1883.
Seuffert. Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1888.
W. Endemann. Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.
Hahn. Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881. R. v. Decker's Verlag.
v. Sarwey. Kommentar zur Konkursordnung. 1. Aufl.
Stieglitz. Kommentar. 1. Aufl.
v. Völderndorff. Kommentar. 2. Aufl.
v. Wilmowski. Kommentar. 3. Aufl.
Petersen und Kleinfeller. Kommentar. 2. Aufl. (1. Lieferung) 1888.
v. Amsberg. Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze für die Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz. 1879—1886.
v. Vangerow. Pandekten. 7. Aufl.
Windscheid. Dasselbe. 5. Aufl.
Dernburg. Dasselbe. 1. Aufl.
Mandry. Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Aufl.
Förster-Eccius. Preußisches Privatrecht. 1887. 5. Aufl.

Inhalt.

A. Der Einfluß der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte im allgemeinen.

a. Die in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte.

§ 1.

Keine Prozeßgesetzgebung hat soviel Gelegenheit und Veranlassung über das materielle Recht Bestimmungen zu treffen, als gerade die Konkursgesetzgebung. Allerdings sind scheinbar die Zwecke des Konkursverfahrens, Herbeischaffung und Verwertung des Vermögens eines zahlungsunfähigen Schuldners und Verteilung des Erlöses unter die Gläubiger nach Rang und Betrag ihrer Forderungen, leicht zu erreichen. Doch würden sich, falls eine Konkursgesetzgebung sich mit Vorschriften über den Gang des Verfahrens und über die Organe, welche die Massekonstitution, Verwaltung, Verwertung und Verteilung auszuüben haben, begnügen würde, eine Menge aus dem materiellen Rechte nicht auszufüllende Lücken zeigen. In der That hat auch die deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 nicht nur das Konkursverfahren geregelt, sondern auch ausführliche materiellrechtliche Bestimmungen, insbesondere über den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners und der Gläubiger getroffen, und diese Bestimmungen unter dem Namen „Konkursrecht" den Vorschriften über das „Konkursverfahren" vorausgestellt.

Sowohl hinsichtlich der Aktiva als auch hinsichtlich der Passiva des dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögens wird es sich in den weitaus meisten Fällen um die Erfüllung von Rechtsgeschäften handeln, welche der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung abgeschlossen hat. Regelmäßig werden in solchen Fällen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1 bis 14 der Konkursordnung genügen. Ist der Gemeinschuldner aus einem Rechtsgeschäft forderungsberechtigt geworden, so gehört

die Forderung als Bestandteil des dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögens zu der Konkursmasse (§ 1 cit.), und der Konkursverwalter wird dieselbe auf Grund des ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechtes (vergl. § 5 der K.-O.) durch Einziehung zu verwerten haben. Hat andererseits der Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft Verpflichtungen übernommen, so wird der Gläubiger sich als Konkursgläubiger an dem Konkursverfahren beteiligen und bei der Verteilung der Konkursmasse eine verhältnismäßige Befriedigung erlangen (vergl. §§ 2, 10, 126, 137 fg. der K.-O.). Doch kommen Fälle vor, in denen jene allgemeinen Bestimmungen nicht ausreichen werden und welche daher auch in der Konkursordnung einer besonderen gesetzlichen Regelung unterworfen worden sind.

Es soll die Aufgabe dieser Abhandlung sein, den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen. Bevor wir jedoch zu dem Thema übergehen, wird es sich vernotwendigen, gleich vorweg den Kreis der Rechtsgeschäfte festzustellen, welche überall bei unserer Untersuchung in Betracht kommen können. Nur bei solchen Rechtsgeschäften wird man von Erfüllung reden können, aus denen Rechte und Pflichten zwischen zwei oder mehreren Personen entspringen. Dabei ergiebt sich zunächst von selbst, daß nur die auf die Entstehung oder die Veränderung, nicht aber die auf den Untergang von Rechten gerichteten Privatwillenserklärungen hierher zu zählen sind. Die dinglichen Rechtsgeschäfte sind darauf gerichtet, Rechtsverhältnisse zwischen Personen und Sachen zu erzeugen. Durch das dingliche Rechtsgeschäft wird die Sache unmittelbar ergriffen. Wenn auch andere Personen verpflichtet sind, sich mit dem Inhalte des dinglichen Rechtes nicht in Widerspruch zu setzen, und der dinglich Berechtigte, falls dies doch geschieht, gewisse Ansprüche erwirbt (z. B. kann die actio negatoria auf Schadensersatz gerichtet sein), so ist der Grund dieser Ansprüche immerhin nicht das das dingliche Recht begründet habende Rechtsgeschäft, sondern das dingliche Recht selbst, gleichgültig, ob dasselbe einem Rechtsgeschäft oder anderen juristischen Thatsachen seine Entstehung verdankt. Man wird also von der Erfüllung eines dinglichen Rechtsgeschäftes nicht wohl reden können. Es sind sonach nur die persönlichen Rechtsgeschäfte zu berücksichtigen. Wie sich aus den §§ 1 und 2 der Konkursordnung ergiebt, bezieht sich aber das Konkursverfahren lediglich auf die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger. Es bleiben also solche Rechtsgeschäfte,

welche familienrechtliche Beziehungen des Gemeinschuldners zu dritten Personen, z. B. das Verhältnis desselben zu seiner Ehefrau oder zu seinen Kindern regeln, ausgeschlossen.

Hinsichtlich der übrigbleibenden obligatorischen Rechtsgeschäfte kommt zunächst die Einteilung in einseitige und zweiseitige in Betracht. Zu den einseitigen Rechtsgeschäften gehören namentlich die letztwilligen Verfügungen, im übrigen haben dieselben in dem heutigen Rechte fast gar keine Bedeutung mehr. Die letztwilligen Verfügungen werden erst nach dem Tode des Konstituenten erfüllt. Ueber einen Nachlaß, dessen Ueberschuldung vorausgesetzt, vergl. § 303 der Konkursordnung, kann ein Konkursverfahren nur eröffnet werden, wenn ein Erbe nicht vorhanden ist, oder der vorhandene Erbe nicht angetreten hat, oder nur als Benefizialerbe haftet,

vergl. Motive S. 223.

Was nun zunächst die Erbeseinsetzungen anlangt, so kann von einer Erfüllung derselben in den ersten beiden der genannten Fälle überall keine Rede sein, während dieselben in dem dritten Falle durch den Antritt der Erbschaft auf Grund des etwa vorhandenen Testamentes bereits erledigt sind. Die Vermächtnisse und Schenkungen von Todeswegen dagegen kommen nach gemeinem Recht erst zum Zuge, wenn alle sonstigen Erbschaftsschulden berichtigt worden sind,

vergl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 100 sub 2, § 118 Note 1, Windscheid a. a. O. Bd. 3 § 676 Note 4,

außerdem ist bezüglich dieser, soweit sie eine Freigebigkeit enthalten,

vergl. Dernburg a. a. O. § 98 Zff. 1 gegen Windscheid a. a. O. § 623 Note 5,

die Vorschrift des § 54 Zff. 4 der K.-O., nach welcher Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, zu berücksichtigen. Sonach sind auch die letztwilligen Verfügungen aus unserer Darstellung auszuscheiden, sodaß im folgenden nur die zweiseitigen Rechtsgeschäfte, also die Verträge, in Betracht zu ziehen sind.

Je nachdem nun durch die letzteren nur eine Partei oder beide Parteien zu Leistungen verpflichtet werden sollen, spricht man von einseitigen und von zweiseitigen oder wechselseitigen oder gegenseitigen Verträgen. Während jene regelmäßig nur für eine Partei ein Forderungsrecht erzeugen, soll bei diesen jede der vertragschließenden Parteien für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, ihrerseits ein Aequivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein.

Nach gemeinem bezw. nach Handelsrecht gehören zu den zweiseitigen Verträgen insbesondere der Kaufvertrag und die demselben verwandten Geschäfte, die Einkaufskommission, sofern der Kommissionär sein Selbsteintrittsrecht ausübt (art. 376 des Handelsgesetzbuches, vergl. Oetker a. a. O. S. 22 flg.), der Tauschvertrag, der Trödelvertrag, die Sachen- und Dienstmiete, die Gesellschaft, die mit Gastwirten über Unterkunft und Bewirtung geschlossenen Verträge, der Frachtvertrag, endlich Spiel und Wette, während beispielsweise das Darlehn, das Schenkungsversprechen, die Bürgschaftsleistung einseitige Verträge sind. Zweifel entstehen, zu welcher Kategorie die sog. unvollkommen zweiseitigen Verträge — unvollkommen zweiseitig insofern, als aus ihnen der Regel nach nur für einen Kontrahenten eine Forderung (actio directa) entspringt, für den anderen Kontrahenten dagegen nur möglicherweise eine Gegenforderung (actio contraria) begründet werden kann, hinsichtlich der Bestimmungen der §§ 15—21 der Konkursordnung zu rechnen sind. Eine Ansicht geht dahin, sie den streng zweiseitigen Verträgen vollkommen gleichzustellen,

vergl. Endemann a. a. O. S. 160 Note 3 161;

andere Schriftsteller wollen sie als zweiseitige oder als einseitige Verträge behandeln, je nachdem gleich beim Abschluß die Verpflichtung zu einer Gegenleistung übernommen worden ist, wie dies insbesondere beim mandatum häufig geschieht, oder die Verpflichtung zur Gegenleistung erst nach dem Abschlusse des Vertrages, also ganz zufällig, entsteht, wie z. B. beim depositum. Eine dritte Ansicht, welche wohl als die herrschende bezeichnet werden darf,

vergl. insbesondere Oetker a. a. O. S. 23, Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 60,

geht endlich dahin, die genannten Verträge den einseitigen völlig gleichzuachten. Mit Recht beruft man sich für diese Ansicht auf den heutigen regelmäßigen Sprachgebrauch, nach welchem unter zweiseitigen Verträgen nur die streng zweiseitigen mit actio directa beider Kontrahenten verstanden werden,

vergl. Windscheid a. a. O. Bd. 2, § 320, Note 1,

von welchem abzugehen für den Gesetzgeber kein Anlaß vorlag, auch bieten die Motive für eine gegenteilige Auffassung durchaus keinen Anhalt, und ist endlich zu beachten, daß die in den §§ 16—19 der Konkursordnung hervorgehobenen Unterarten der „zweiseitigen Verträge" (§ 15 das.), wie Kauf, Lieferungsgeschäft, Pacht, Sachen- und Dienstmiete, sämmtlich streng zweiseitige Verträge sind. In Beihalt dieser Gründe werden

wir für die folgende Darstellung die unvollkommen zweiseitigen Verträge unter die Kategorie der einseitigen Verträge stellen, deren Rechtssätzen sie demnach zu unterwerfen sind.

b. Der Konkursverwalter tritt an die Stelle des Gemeinschuldners.

§ 2.

Die hauptsächliche Wirkung der Konkurseröffnung auf die Erfüllung eines Rechtsgeschäftes des Gemeinschuldners besteht darin, daß der letztere (vergl. § 5 der K.-O.) mit der Eröffnung des Verfahrens die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, also nach der Konkurseröffnung nicht mehr in der Lage ist, — von dem Fall, wo er konkursfreies Vermögen hat, abgesehen — das Rechtsgeschäft, soweit es ihn verpflichtet, zu erfüllen, oder soweit es ihn berechtigt, aus demselben von der anderen Partei die Erfüllung zu verlangen. Nach Abs. 2 des zitierten § 5 wird das Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch den Konkursverwalter ausgeübt. Ueber die Stellung des letzteren zu dem Gemeinschuldner einerseits und zu den Gläubigern andrerseits ist von jeher viel Streit gewesen; auch heute herrscht über diese Frage in der Theorie und der Praxis noch Uneinigkeit. Es wird daher geboten sein, in Kürze die verschiedenen Ansichten anzuführen und zu denselben Stellung zu nehmen.

Zunächst ist festzuhalten, daß der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung Eigentümer des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens bleibt.

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 S. 389, Bd. 2 S. 23—26.

Dies ergiebt sich schon unzweifelhaft aus der Fassung des § 5 der K.-O.: „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.“ Es sind sonach die in dem gemeinrechtlichen Konkursprozesse früher herrschend gewesenen Ansichten von einer mit der Eröffnung des Konkursverfahrens eintretenden Universalsuccession der Gläubigerschaft in das Vermögen des Gemeinschuldners, beziehungsweise einer Singularsuccession in die Aktivmasse als vollständig abgethan zu betrachten. Sehr verbreitet war ferner im gemeinen Rechte die Ansicht, daß die Gläubiger durch die Konkurseröffnung ein Pfandrecht an dem Vermögen des Gemein-

schuldners erwarben. Doch auch für diese Ansicht, welche neuerdings wiederum von

Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts S. 81 flg.

auf Grund der geschichtlichen Entwickelung des deutschen Konkursrechts vertreten wird, findet sich meines Ermessens in der Konkursordnung kein Anhalt; auch die

Motive zum 2. Entwurf S. 15, 16

sprechen sich gegen die Annahme eines Pfandrechts aus. Aus den dort gemachten Ausführungen geht zur Genüge die Unrichtigkeit der Pfandrechtstheorie im Sinne der Konkursordnung hervor, zumal da sich, wie bereits bemerkt, in dem Gesetze selbst kein Ausdruck findet, der mit dem in den Motiven bezeugten Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stände. Ueberhaupt lag es nicht in der Absicht der gesetzgebenden Faktoren, privatrechtliche Beziehungen der Gläubiger zu der Konkursmasse mit der Konkurseröffnung eintreten zu lassen, vielmehr war nur von einem Rechte der Gläubiger auf gemeinschaftliche und ausschließliche Befriedigung aus der Konkursmasse die Rede. Nur ob der Konkursverwalter als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners oder der Gläubiger anzusehen sei, wollten die Motive unentschieden lassen, indem sie davon ausgingen, daß diese Frage eine rein wissenschaftliche und ohne praktische Bedeutung sei. Doch werden sich, wie sich weiter unten zeigen wird, aus beiden Auffassungen verschiedene Consequenzen ergeben.

Nach der herrschenden Meinung

vergl. Schultze das Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 39 flg., Fitting a. a. O. § 5 Note 8, § 29 Note 22 flg., S. 251, von Wilmoski a. a. O. Note 2 vor Titel 1 des 1. Buches, S. 30 flg., von Sarwey a. a. O. Note 4 zu § 5, S. 25, 26, Mandry der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. § 10 Note 21, S. 108, 109, Petersen in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Band 9 S. 1 bis 68, Endemann a. a. O. § 67 sub IVb, S. 423, 424 und derselbe in der Zeitschr. für d. Civilprozeß Bd. 12 S. 536

ist der Konkursverwalter der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Verschiedene Schriftsteller, namentlich

von Canstein in Grünhut's Zeitschrift Band 9 S. 461 bis 491,

halten an der in der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 zum Ausdruck gelangten Ansicht fest, daß der Konkursverwalter der gesetzliche Vertreter der Gläubiger sei; Canstein gelangt zu diesem Resultat auf Grund der etwas unklaren Konstruktion, daß der Konkursverwalter in erster Linie die Konkurs-

masse als Sondervermögen, daneben aber auch die Gläubigerschaft als Personengesamtheit vertrete. Nach

von Völderndorff a. a. O., Note h zu § 5,

ist der Konkursverwalter weder Vertreter der Gläubiger, noch Vertreter des Gemeinschuldners, vielmehr als Vertreter der Masse als eines selbständigen, mit der Fähigkeit zum Erwerb von Rechten und zur Eingehung von Verbindlichkeiten ausgestatteten Vermögensinbegriffes anzusehen.

Die herrschende Meinung ist meines Ermessens die richtige, da sie sowohl dem Wortlaute der einschlagenden Gesetzesbestimmungen (vergl. § 5, Abs. 2 der K.-O., § 15 daselbst: „der Konkursverwalter kann an Selle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen“ u. s. w.) am meisten entspricht, als auch ihrem Resultat nach, namentlich was die Haftung des Gemeinschuldners für die Massekosten und Masseschulden betrifft, zu richtigen Konsequenzen führt, während man beides und namentlich das letztere von den gegnerischen Ansichten nicht sagen kann. Wie es einerseits allgemeinen Grundsätzen entspricht, daß alles, was der Konkursverwalter bei Gelegenheit der Verwaltung der dem Gemeinschuldner gehörigen Konkursmasse erwirbt, in das Eigentum des Eigentümers dieser Masse, also des Gemeinschuldners übergeht, so liegt es auch in der Billigkeit, daß der letztere für die Kosten der Verwaltung und die sonstigen Schulden, welche der Verwalter bei Ausübung des Verwaltungsrechtes machen muß, auch persönlich haftet, namentlich wenn man erwägt, daß diese Kosten und Schulden dazu aufgewendet werden, um die Befriedigung seiner Gläubiger und damit eine (wenn auch nur teilweise) Befreiung von seinen Schulden herbeizuführen. Diese Haftung des Gemeinschuldners für die Massekosten und Masseschulden ist mit der Ansicht derjenigen, welche den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger beziehungsweise der Konkursmasse ansehen, unverträglich. Auf andere unrichtige Konsequenzen der gegnerischen Meinungen werden wir später zurückkommen. Wenn ferner für die Vertretung der Gläubiger durch den Verwalter geltend gemacht wird, daß der Konkursverwalter hauptsächlich verpflichtet sei, für das Interesse der Gläubiger Sorge zu tragen, er auch in der Ausübung seines Verfügungsrechtes in mancher Hinsicht an die Beschlüsse der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses gebunden sei, so sind diese Gründe mit der herrschenden Meinung wohl verträglich. Das Interesse eines redlichen Schuldners stimmt mit dem Interesse der Gläubiger vollkommen überein; an sich könnte (vergl. Petersen a. a. O.) der Gemeinschulder, wenn ihm Vertrauen geschenkt werden könnte,

die Verwertung und Verteilung seines Vermögens ebensogut durchführen, wie der Konkursverwalter selbst. Doch wird in der That in den seltensten Fällen ein Cridar dieses Vertrauens für würdig erachtet werden können, und demgemäß tritt kraft Gesetzes ein Dritter, nämlich der Konkursverwalter an die Stelle des Gemeinschuldners. Daß der Konkursverwalter bei der Ausübung seiner Thätigkeit in manchen Fällen der Genehmigung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses bedarf, widerspricht also der herrschenden Auffassung nicht, da auch diese vollkommen anerkennt, daß die Thätigkeit des Konkursverwalters im Interesse der Gläubiger erfolge.

c. Forderungsrecht des Gemeinschuldners.

§ 3.

Auf Grund des ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechtes ist der Konkursverwalter legitimiert, die Forderungsrechte, welche der Gemeinschuldner aus von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften und insbesondere aus zweiseitigen Verträgen, welche von seiner Seite bereits erfüllt worden sind, z. B. der Gegner hat von dem Gemeinschuldner gekauft und tradiert erhalten, ist aber den Kaufpreis schuldig geblieben, erworben hat, zur Konkursmasse einzuziehen. Da der Konkursverwalter den Gemeinschuldner nur hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vertritt, ist Voraussetzung, daß das betreffende Forderungsrecht als Bestandteil der Konkursmasse anzusehen ist, also zur Zeit der Konkurseröffnung zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört und der Zwangsvollstreckung nicht entzogen ist (vergl. § 1 der Konkursordnung verbunden mit § 715 der Zivilprozeßordnung). Auch diejenigen Ansprüche, welche den Gemeinschuldner zu Leistungen berechtigen, die lediglich an seine Person, nicht aber an dritte Personen erfolgen können, z. B. die Ansprüche auf Grund eines mit dem Hausarzte oder dem Hauslehrer abgeschlossenen Vertrages, gehören zu den Bestandteilen des schuldnerischen Vermögens, sie sind aber von der Geltendmachung durch den Konkursverwalter im allgemeinen aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine Verwertung solcher Ansprüche für die Konkursmasse undenkbar ist. Doch ist diese Regel keine ausnahmslose; eine weitgehende Ausnahme enthält namentlich der § 19 der Konkursordnung; wir werden daher weiter unten auf diese Frage zurückkommen müssen.

d. Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Geldleistung oder zu der Herausgabe einer Sache.

§ 4.

Wenn umgekehrt der Gegner, nicht aber der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung erfüllt hatte, so ist, wie wir oben gesehen haben, nach der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner selbst nicht mehr in der Lage, seine Verpflichtung zu erfüllen, vorausgesetzt natürlich, daß die Erfüllung durch Leistung von zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen erfolgen müßte. Aber auch der Konkursverwalter ist regelmäßig nicht in der Lage, dem Anspruche des Gegners auf Erfüllung stattzugeben. Da die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dienen soll und in den meisten Fällen zur vollständigen Deckung der Konkursforderungen nicht ausreicht, ist der Konkursverwalter verpflichtet, die gesamte Masse zu verwerten, d. h. in bares Geld umzusetzen, und demnächst eine Verteilung des Erlöses unter die Gläubiger nach dem Verhältnisse der Höhe ihrer Forderungen vorzunehmen. Also nur Geld gelangt unter die Gläubiger zur Verteilung, gleichgültig ob die Forderungen derselben auf einen Geldbetrag gerichtet waren oder nicht. Von diesem Gesichtspunkte aus kommt man zu dem Resultat, daß die regelmäßige Wirkung der Konkurseröffnung auf die Erfüllung von Rechtsgeschäften, aus welchen gegen den Gemeinschuldner Forderungsrechte erwachsen sind, — abgesehen von dem Fall des Vorhandenseins etwaigen konkursfreien Vermögens, aus welchem der Gemeinschuldner zu erfüllen in der Lage ist, — in der Nichterfüllung besteht.

Nach gemeinem Recht

vergl. Windscheid Pandekten § 321 Zff. 2

hat derjenige, welcher erfüllt hat, das Recht, Erfüllung von der Gegenseite zu verlangen; bleibt die Erfüllung aus, steht ihm ein Rückforderungsrecht betreffs der von ihm gemachten Leistung nicht zu. Auch bei den Innominat-Realkontrakten und den sonstigen gegenseitigen Verträgen, welche nach römischem Recht von der Form nicht entbunden waren, ist heutzutage sowohl das Recht, jederzeit die gemachte Leistung zurückzufordern (jus poenitentiae), als auch die Rückforderung bei Nichterfüllung seitens des Gegners (condictio ob causam datorum) prinzipiell ausgeschlossen. Hat also z. B. der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gekauft und tradiert erhalten, oder ist auf Grund eines Tauschvertrages an ihn geleistet worden, ist er aber in beiden Fällen die Gegenleistung schuldig geblieben, so

kann der Gegner auf Grund der mit der Konkurseröffnung eintretenden Nichterfüllung seines Forderungsrechtes nicht die gekauften oder tauschweise hingegebenen Gegenstände zurückfordern. Diese Auffassung des gemeinen Rechts deckt sich vollkommen mit der Vorschrift des § 21 der Konkursordnung: „Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen.“ Doch geht die Vorschrift des § 21 noch weiter. Es giebt Fälle, in denen auf Grund des Vertrages einer Partei das Recht zusteht, bei Nichterfüllung seitens der andern Partei von dem Vertrage zurückzutreten und die bereits gemachte Leistung zurückzufordern. Nach gemeinem Rechte hat die einem Kaufvertrage hinzugefügte Nebenberedung, daß bei Nichterfüllung eines Kontrahenten dem Gegner der Rücktritt gestattet sein solle (lex commissoria), die Wirkung einer dem Vertrage hinzugefügten auflösenden Bedingung. Durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte rechtliche Wirkung für die Zukunft wieder auf, sodaß die Kaufsache ohne weiteres wieder in das Eigenthum des Verkäufers zurückfällt, und der letztere mittelst der rei vindicatio die Zurückgabe von dem Käufer verlangen kann. Tritt aber die Nichterfüllung in Folge der Konkurseröffnung ein, wird das in Folge der lex commissoria an sich begründete Rückforderungsrecht durch den § 21 der Konkursordnung ausgeschlossen und zwar aus dem Grunde, weil bereits das Eigentum der gekauften Sache auf den Käufer übergegangen war. Ebenso

Fitting a. a. O. § 6 Note 38, S. 52.

Anderer Ansicht

v. Völderndorff a. a. O. Note 65 zu § 1, S. 75.

Ist dagegen der Gemeinschuldner nicht Eigentümer geworden, es ist z. B. das Eigentum der von ihm gekauften Sache nicht auf ihn übergegangen, weil ihm der Kaufpreis nicht kreditiert war, oder auf Grund eines pactum reservati dominii, oder er ist zwar Eigentümer geworden, hat aber das Eigentum vor der Konkurseröffnung infolge des Eintrittes einer Resolutivbedingung wieder verloren, so steht dem Gegner das Recht auf Rückgabe der verkauften Sache zu, vergl. § 35 der Konkursordnung: „Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens

geltenden Gesetzen." Eine Ausnahme von der Bestimmung des § 21 der Konkursordnung statuiert der § 36 daselbst für den sogenannten Distanzkauf. Die Gesetzgebung

vergl. Brachmann a. a. O. S. 19

ist von jeher in Erwägung, daß der geschäftliche Verkehr es nicht zuläßt, sich vor Absendung der Ware bezahlen zu lassen, und der Verkäufer, wenn auch nicht auf Kredit gekauft ist, mit seiner Leistung vorangehen und auf die Zahlung des Kaufpreises so lange warten muß, bis der Käufer die Ware empfangen hat, dem Verkäufer dann besonders günstig gewesen, wenn das Kaufobjekt bei der Eröffnung des Konkursverfahrens entweder überhaupt noch nicht oder doch nur ganz kurze Zeit nach dem Ausbruch des Konkurses in den Besitz des Gemeinschuldners übergegangen war und letzterer den Kaufpreis noch nicht berichtigt hatte. Nach § 36, welcher sich für die erstere der beiden bezeichneten Auffassungen entscheidet, kann der Verkäufer oder Einkaufskommissionär Waren, welche von einem andern Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Konkurseröffnung an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sind. Da die Vorschrift nur auf Waren Anwendung finden soll, liegt es nahe, derselben nur die unter das Handelsrecht fallenden Kaufgeschäfte zu subsummieren, doch liegt für eine solche Einschränkung ein Grund nicht vor,

vergl. Oetker Verfolgungsrecht S. 11,

sodaß der § 36 auch für den unter Nichtkaufleuten abgeschlossenen oder sonst nicht nach Handelsrecht zu beurteilenden Kauf anwendlich ist. Für den Eigentumsübergang der gekauften Ware auf den Käufer ist, abgesehen von der Bestimmung des art. 306 des Handelsgesetzbuches, das bürgerliche Recht entscheidend. Nach gemeinem Recht wird der Käufer nicht schon mit dem Abschluß des Vertrages oder mit der Absendung der Kaufsache, sondern erst dann, wenn der Besitzübergang auf ihn stattgefunden hat, in der Regel also erst, nachdem die Kaufsache an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Käufers gelangt ist,

vergl. jedoch Entscheidung des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde 4 S. 98—100,

— Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises vorausgesetzt — Eigentümer der gekauften Sache. Insoweit deckt sich die Bestimmung des § 36 der Konkursordnung mit den Vorschriften des gemeinen Rechts vollkommen. Doch denjenigen Bestimmungen

des gemeinen Rechts gegenüber, nach welchen ohne Ankunft der Ware an dem Orte der Ablieferung und ohne Erlangung des Gewahrsams durch den Käufer der Besitzübergang als vollendet angesehen wird (der Besitz und damit das Eigentum geht durch constitutum possessorium oder durch Tradition an einen Stellvertreter des Gemeinschuldners auf den letzteren über), statuiert die Vorschrift des § 36 eine Ausnahme.

Also die Regel des § 21, Satz 1 der Konkursordnung, verbunden mit § 35 daselbst, geht dahin, daß der Mitkontrahent des Gemeinschuldners auf Grund der infolge der Konkurseröffnung eintretenden Nichterfüllung des ihm gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderungsrechtes nur dann berechtigt ist, die Aussonderung der von ihm gemachten Leistung (richtiger des von ihm geleisteten Gegenstandes) aus der Konkursmasse zu verlangen, wenn der Leistungsgegenstand zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen war. Andernfalls kann er nach Satz 2 des § 21 „eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht."

Die Motive S. 93 bemerken hinsichtlich der einseitigen Verträge, welchen betreffs des Konkursverfahrens die von einer Seite vollständig erfüllten Verträge gleichzuachten sind, über die Natur des dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung des Rechtsverhältnisses zustehenden Anspruches könne nicht füglich gezweifelt werden, hier liege recht eigentlich der Fall einer Konkursforderung vor. Eine Klage auf Erfüllung eines Vertrages oder auf Fortsetzung eines Obligationsverhältnisses kann im Konkurse niemand geltend machen; dem Gläubiger steht nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung des Vertrages oder wegen der Aufhebung des Rechtsverhältnisses zu. Hatte also der Gemeinschuldner eine Sache verkauft und den Kaufpreis erhalten, während die Uebergabe der Sache zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt war, so kann der Käufer weder den gezahlten Kaufpreis zurückfordern, noch die Herausgabe des Kaufobjektes vom Konkursverwalter verlangen, sondern nur eine — auf Schadensersatz gerichtete — Forderung wegen der Nichterfüllung als Konkursforderung geltend machen. Ebenso kann der Mitkontrahent, welchem sich der Gemeinschuldner zur Uebertragung einer Forderung verpflichtet hatte,

vergl. Motive S. 65,

— falls die Uebertragung zur Zeit der Konkurseröffnung noch

nicht vollzogen war, nicht mehr die Vollziehung derselben, sondern nur Entschädigung wegen Nichterfüllung fordern, auch wenn er die Valuta der Cession schon gezahlt hatte. In beiden Fällen macht aber der Mitkontrahent die ihm auch abgesehen von der Konkurseröffnung zustehende Forderung, welche sich allerdings — wie alle Forderungen in ihrem letzten Ende — in eine Interesseforderung verwandelt hat (in ersterem Fall also die actio emti), als Konkursforderung geltend, ebenso wie auch derjenige, welcher an den Gemeinschuldner verkauft hatte, nur seine actio venditi anmeldet, und es erscheint hiernach völlig überflüssig, wenn

Völderndorff a. a. O. Note 9 zu § 21

ein neues — in Folge der Konkurseröffnung erst entstandenes — Forderungsrecht zu konstruieren sucht. Es kommt auf dasselbe hinaus, ob der Darlehnsgläubiger seine Darlehnsforderung, was Völderndorff leugnet, oder ob er nur den erlittenen „Verlust", das „Manko" als Konkursforderung anmeldet; ebenso bezüglich der Forderung des Verkäufers, Käufers, Cessionars u. s. w. Diese Konstruktion hat ebensowenig praktischen Wert und giebt zu Mißverständnissen Veranlassung, wie diejenige des sog. Konkursanspruches, als welchen die

Motive S. 14 flg., S. 102 flg., vergl. Schultze a. a. O. S. 10 flg.

die infolge der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit begründete gerechte Erwartung der derzeit vorhandenen Gläubiger, aus dem zur Zeit vorhandenen Vermögen des Schuldners ausschließliche und gemeinschaftliche Befriedigung nach gesetzlicher Ordnung zu erlangen, bezeichnen. Durch die Konkurseröffnung bezw. durch die eintretende Zahlungsunfähigkeit entsteht kein neuer privatrechtlicher Anspruch, vielmehr wird das dem einzelnen Gläubiger zustehende Forderungsrecht nur in der Weise beeinflußt, daß es das zur Zeit der Konkurseröffnung bezw. der eintretenden Zahlungsunfähigkeit vorhandene Aktivvermögen fest ergreift, woraus sich, da dieses von den Ansprüchen aller vorhandenen Gläubiger gilt, von selbst die wechselseitige Beschränkung der Befriedigung ergiebt,

vergl. Fitting a. a. O. § 4 Note 7, Endemann a. a. O. § 14 II, § 19 Note 27.

Der im § 21 der Konkursordnung gebrauchte Ausdruck „Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung" will also lediglich darauf hindeuten, daß der Mitkontrahent seine Forderung auf Erfüllung im Gegensatz zu der Forderung auf Rückgabe des etwa geleisteten Gegenstandes als Konkursforderung geltend zu machen habe.

e. Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer sonstigen Handlung.

§ 5.

Ist der Gemeinschuldner auf Grund eines Rechtsgeschäftes zu einer Handlung, welche nicht in einer Geldleistung oder in der Herausgabe einer Sache besteht, verpflichtet, können die eben entwickelten Grundsätze nicht Platz greifen. Mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner nur die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Auf das Recht des Gemeinschuldners, Handlungen vorzunehmen, hat die Konkurseröffnung keinen Einfluß; Voraussetzung ist jedoch, daß die Handlung oder Unterlassung eine Verwaltung oder Verfügung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen nicht in sich schließt. Liegt letzteres vor, ist der Gemeinschuldner infolge der Konkurseröffnung zur Vornahme der Handlung ebensowenig in der Lage als zu einer Geldleistung oder zu der Herausgabe einer zur Konkursmasse gehörigen Sache. Es finden dann also die gleichen Grundsätze wie ad d Anwendung, vorausgesetzt natürlich, daß das Recht des Gegners auf die Handlung ein Vermögensanspruch ist und sich in eine Geldforderung umwandeln läßt.

Ist dagegen der Gemeinschuldner trotz der Konkurseröffnung in der Lage, die Handlung vorzunehmen, so wird hier die in den §§ 773—775 der Zivilprozeßordnung gemachte Unterscheidung zwischen solchen Handlungen, „deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann" (§ 773 cit.) und solchen, „die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden können" (§ 774 cit.), sowie Unterlassungen (§ 775 cit.) zu machen sein.

„Es versteht sich von selbst — vergl. Motive S. 25 —, daß Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswert nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zuläßt, dem Konkursverfahren fremd bleiben müssen." Hat sich also z. B. der Gemeinschuldner vertragsmäßig zu ärztlicher Behandlung oder zu Unterrichtserteilung oder zu der Anfertigung eines schriftstellerischen Werkes verpflichtet, kann der Berechtigte, auch wenn er bereits die Gegenleistung gemacht hat, in dem Konkursverfahren keine Berücksichtigung finden. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten hängt ausschließlich von dem Willen des Gemeinschuldners ab. Nach § 774 der Zivilprozeßordnung kann der Schuldner nur durch Geldstrafen oder durch Haft zu der Vornahme nicht vertretbarer Handlungen angehalten werden; es kann also aus der Ver-

pflichtung des Schuldners zu solchen Handlungen niemals ein Vermögensanspruch entstehen, sodaß schon aus diesem Grunde die Teilnahme des Gläubigers an dem Konkursverfahren ausgeschlossen ist,

vergl. v. Völderndorff Note 8 zu § 2, S. 100, 101.

Ebenso ist für die Fälle, in welchen der Gemeinschuldner zu der Unterlassung einer Handlung oder zur Duldung der Vornahme einer solchen verpflichtet ist (§ 775 der Z.-P.-O.), zu entscheiden.[1]) Nach § 773 der Zivilprozeßordnung dagegen ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. Nach Abs. 2 daselbst kann der Gläubiger zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorausbezahlung der durch die Vornahme der Handlung etwa entstehenden Kosten zu verurteilen. Hat also der Gläubiger mit Ermächtigung des Prozeßgerichtes vor der Konkurseröffnung die Handlung durch einen Dritten vornehmen lassen, wird er zweifellos die dadurch ihm erwachsenen Kosten — ohne daß eine besondere Verurteilung in dieselben stattgefunden hat —, als Konkursforderung anmelden können. Ist es dagegen zur Zeit der Konkurseröffnung noch unentschieden, ob der Gemeinschuldner die Handlung vornehmen wird oder nicht, wird meines Ermessens der Gläubiger, dem immerhin nur ein Recht auf eine Handlung, an deren Vornahme die Eröffnung des Konkursverfahrens den Gemeinschuldner nicht hindert, zusteht, die ihm durch die Vornahme durch einen Dritten möglicherweise erwachsenden Kosten im Konkurse nicht liquidieren können. So auch

Sarwey a. a. O. § 2 Note 2 sub 4.

Weitergehend

Fitting a. a. O. § 8 Note 8, Wilmowski a. a. O. § 2 Note 1 sub 2,

welche der Ansicht sind, daß der Gläubiger den ihm von vornherein zustehenden bedingten Anspruch auf die Kosten, welche die Vornahme der Handlung durch den Dritten verursachen wird, im Konkursverfahren als bedingte Geldforderung geltend machen kann. Nur soviel wird man zugeben müssen, daß, wenn vor der Konkurseröffnung das Prozeßgericht nach § 773 Abs. 1 cit. die Ermächtigung, auf Kosten des Schuldners die Handlung durch einen Dritten vornehmen zu lassen, erteilt hat, und zugleich

[1]) Fitting a. a. O. § 8 Note 9 schließt die Ansprüche auf eine nicht vertretbare Handlung oder auf eine Unterlassung im Hinblick auf die in den §§ 774, 775 d. Z.-P.-O. vorgeschriebene Art der Zwangsvollstreckung auf Grund des § 56 Zff. 3 der K.-O., wonach Geldstrafen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, von dem letzteren aus.

nach Abs. 2 daselbst die Verurteilung in die Kosten erwirkt ist, ohne daß die Vornahme der Handlung durch den Dritten bereits erfolgte, dem Gläubiger eine auf jene Kosten gerichtete bedingte Konkursforderung zuzubilligen ist.

In den sämtlichen von den §§ 773—775 der Z.-P.-O. bezielten Fällen wird aber dem Gläubiger ausnahmsweise eine als Konkursforderung geltend zu machende bedingte Interesseforderung dann immer zustehen, wenn ersterer nach bürgerlichem Recht beim Unterbleiben rechtzeitiger Erfüllung anstatt der wirklichen Erfüllung die Leistung des Interesses zu fordern berechtigt ist. Beispiele: der Schuldner ist verpflichtet, die Handlung binnen einer bestimmten Frist vorzunehmen, andernfalls das Interesse zu leisten; der zu einer Unterlassung verpflichtete Schuldner soll für jede verbotene Handlung eine gewisse Geldsumme als Entschädigung (Konventionalstrafe) zahlen,

vergl. Fitting a. a. O. § 8 zu Note 9, Wilmowski a. a. O. § 2 Note 1 sub 3 (S. 49).

B. Die Vorschrift des § 15 der Konkursordnung.

a. Anwendungsgebiet des § 15.

§ 6.

Nach Absatz 1 des § 15 der Konkursordnung kann, wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen. Nach der Fassung des zweiten Entwurfes: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann u. s. w." konnte man annehmen, daß der § 15 auch den Fall treffe, wenn der Vertrag zwar von den Mitkontrahenten des Gemeinschuldners vollständig und nur von dem Gemeinschuldner noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt sei. Erst in der zweiten Lesung der Reichstags-Commission

vergl. Protokolle S. 148, 149

sind die Worte „und von dem andern Teile" entsprechend der Auffassung der Motive (S. 67) hinzugefügt: „Von einem Wahlrecht des Verwalters kann nur die Rede sein, wenn sich aus dem zweiseitigen Vertrage Recht und Pflicht des Gemeinschuldners noch gleichzeitig gegenüberstehen, wenn also beide Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt haben." Wenn also der Mitkontrahent des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung vollständig erfüllt hatte, nicht aber der Gemeinschuldner selbst, findet das oben unter A zu c und d Ausgeführte Anwendung.

Wann beiderseits unvollständige Erfüllung vorliegt, richtet sich nach der Natur der Leistung und Gegenleistung. Was zunächst den Kaufvertrag anlangt, so ist der Verkäufer im allgemeinen verpflichtet, dem Käufer das habere licere an der ver-

kauften Sache zu gewähren und zwar erfüllt er diese Verpflichtung dadurch, daß er dem Käufer die Sache mit der Folge übergiebt, daß letzterer die Sache wie eine eigene haben und genießen kann. Regelmäßig wird er den Käufer zum Eigentümer der Sache machen wollen. Bei beweglichen Sachen ist zum Erwerb des Eigentumes die Tradition der Sache erforderlich, d. h. es genügt nicht die Einigung der Parteien dahin, daß der Erwerber jetzt Eigentümer sein solle, sondern es muß dieser Eigentumsübertragungsvertrag in die Form der Uebergabe des Besitzes der Sache eingekleidet werden. Bei unbeweglichen Sachen genügt nach heutigem Partikularrechte regelmäßig die Tradition zum Erwerb des Eigentumes nicht, in Mecklenburg kann z. B. an den zu Stadtrecht liegenden Grundstücken (vergl. Revidirte Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 § 5) das Eigentum nur durch die Eintragung des neuen Eigentümers in das Stadtbuch (Verlassung) erworben werden; die gemeinrechtlichen Eigentumserwerbsarten bilden nur einen Titel für die Eintragung; die letztere tritt nicht bestätigend oder bekräftigend zu denselben hinzu, vielmehr findet nur durch sie ein Eigentumsübergang statt. Der Käufer andrerseits ist verpflichtet den Kaufpreis zu zahlen, er erfüllt also regelmäßig dadurch, daß er an demselben dem Verkäufer das Eigentum verschafft.

Solange also einerseits bei beweglichen Sachen die Tradition an den Käufer oder bei unbeweglichen Sachen die Eintragung des Käufers in das für das betreffende Grundstück bestehende Grundbuch nicht stattgefunden hat, andrerseits die Zahlung des vollen Kaufpreises seitens des Käufers an den Verkäufer nicht erfolgt ist,[1]) wird man sagen müssen, der Kaufvertrag sei von beiden Parteien unvollständig erfüllt.

Gleiche Grundsätze wie für den Kauf gelten auch für den Tausch, nur mit dem Unterschied, daß bei dem Tausch nicht der Umsatz einer Sache gegen Geld, sondern einer Sache gegen eine andere stattfindet und die Parteien nicht bloß das habere licere einander zu gewähren, sondern immer das Eigentum an den Tauschobjecten zu übertragen verpflichtet sind.

---

[1]) Wenn der Käufer die von ihm zum Zwecke der Bezahlung des Kaufpreises hingegebenen Wechsel nicht einlöst, ist der Kaufvertrag nicht als erfüllt anzusehen. Anders, wenn die Wechsel an Zahlungsstatt hingegeben wurden. Im Zweifel ist letzteres nicht, vielmehr ist nur zu vermuten, daß sie zahlungshalber gegeben wurden. Vergl. Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 61 Note 2, Endemann a. a. O. S. 161 Note 12, Handelsrecht § 150, II.

Bei der Werkmiete erfüllt der Vermieter (Arbeiter) seine Verpflichtung dadurch, daß er das versprochene Arbeitsresultat herstellt: der Besteller erfüllt seine Verpflichtung durch Zahlung des Mietgeldes. Soll der Arbeiter aus einer ihm selbst gehörigen Sache das Arbeitsresultat herstellen, so liegt überall nicht Miete, sondern Kauf vor. Die Erfüllung erfolgt dann also nach den für den Kauf geltenden Grundsätzen.

Kauf, Tausch und Werkmiete sind also regelmäßig auf einmalige Leistung und Gegenleistung gerichtet. Anders dagegen gestalten sich die aus der Sachen- oder Dienstmiete entspringenden Verpflichtungen. Diese Verträge sind regelmäßig auf ein dauerndes Rechtsverhältnis gerichtet. Der Vermieter einer Sache ist verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der letzteren für eine längere oder kürzere Zeitdauer zu gewähren; ebenso vermietet der Dienstvermieter sich der Regel nach nicht zu einer Leistung, sondern zu einer zusammenhängenden Reihe von Leistungen. Der Mieter andrerseits ist verpflichtet, das Mietgeld, beziehungsweise den Dienstlohn zu zahlen — sei es bei Beendigung des Mietsverhältnisses, sei es während der Dauer des Mietsverhältnisses in periodisch wiederkehrenden Leistungen. Erst nach dem Ablauf der Mietszeit wird man von einer vollständigen Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen reden können. Ist die Dauer der Miete unbestimmt, wird die Beendigung meistens nach erfolgter Aufkündigung von einer Seite eintreten. So lange also das Mietsverhältnis besteht, liegt regelmäßig, d. h. sofern nicht z. B. der Mieter den Mietspreis oder den Dienstlohn vorausbezahlt hat, beiderseitige unvollständige Erfüllung des Vertrages vor. Aus diesem Gesichtspunkte sind in den §§ 17 bis 19 der Konkursordnung für die Sachen- und Dienstmiete besondere Bestimmungen getroffen worden, welche weiter unten in einem besonderen Abschnitte erörtert werden sollen.

Zu den zweiseitigen Verträgen gehört endlich noch die Gesellschaft; sie ist gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen zweier oder mehrerer in gemeinschaftlichem Interesse,

vergl. Windscheid Pandekten § 405 im Eingang.

Die Leistung einer jeden der vertragschließenden Parteien soll nicht der andern oder den anderen ausschließlich zu Gute kommen, sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistungen Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt. Daraus geht hervor, daß auch dieser Vertrag sich hinsichtlich der Erfüllung von Kauf, Tausch und Werkmiete wesentlich unterscheidet. Auch die Gesellschaft erzeugt unter den Parteien regelmäßig ein dauerndes Rechtsverhältnis, die Parteien sind zu

dauernden Leistungen und Gegenleistungen verpflichtet. Auch hier geht der Anspruch der Parteien nicht eigentlich auf Erfüllung, sondern auf Fortsetzung des durch den Vertrag begründeten Verhältnisses. Es gelten demnach auch für den Fall, daß ein Gesellschafter in Konkurs gerät, Sonderbestimmungen. Die Konkursordnung selbst hat zwar derartige Bestimmungen nicht getroffen, wohl aber in § 20 die Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze als neben der Bestimmung des § 15 geltendes Recht sanctionirt (vergl. insbesondere die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Auflösung der Handelsgesellschaften, der stillen Gesellschaft infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters (art. 123 Zff. 3, 170 Abs. 2, 200, 242 Zff. 3, 261 Zff. 3), ferner die Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 über die Auflösung der Genossenschaften in Folge der Konkurseröffnung über das Vermögen der Genossenschaft (§ 34 Zff. 3); ferner die Bestimmungen des gemeinen Rechts über die Beendigung der societas durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines socius (Windscheid a. a. O. Note 15 zu § 408).

b. Grund der Vorschrift des § 15.

§ 7.

Die Bestimmung findet also im wesentlichen nur auf den Kauf, die dem Kauf verwandten Geschäfte, wie z. B. die Einkaufskommission, sofern der Kommissionär sein Selbsteintrittsrecht ausübt, den Tausch und die Werkmiete Anwendung. Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung einen unter diese Kategorien fallenden zweiseitigen Vertrag abgeschlossen, und ist derselbe zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens weder von ihm noch von der andern Partei vollständig erfüllt worden, so könnte man, falls die Bestimmung des § 15 nicht vorhanden wäre, einerseits das dem Gemeinschuldner auf Grund des Vertrages zustehende Forderungsrecht als Bestandteil der Aktivmasse auffassen (§ 1 der K.-O.), sodaß der Konkursverwalter zur Einziehung der Leistung berechtigt erschiene, andrerseits den Mitkontrahenten des Gemeinschuldners wegen seiner Gegenforderung unter die Reihe der Konkursgläubiger rechnen (§ 2 der K.-O.) und ihn gemeinschaftlich mit den übrigen Gläubigern zu einer verhältnismäßigen Befriedigung gelangen lassen. Abgesehen davon, daß in solcher Behandlung der Sache eine große Unbilligkeit gegen den Mitkontrahenten des Gemeinschuldners liegen

würde, widerspricht diese Auffassung auch vollständig dem Wesen des zweiseitigen Vertrages. Solange der letztere von beiden Parteien noch nicht erfüllt ist, kann nämlich

vergl. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 10 flg., Brinz Pandekten Bd. 2 (2. Aufl.) § 217, v. Völderndorff a. a. O. Bemerkung vor dem 2. Titel des 1. Buches S. 214, 215

von Forderungen und Schulden überall noch nicht die Rede sein. „Wir verstehen unter „Forderung“ etwas, das unser Vermögen effektiv mehrt, also das Vermögen eines andern bereits mindert, obwohl es noch in demselben thatsächlich sich befindet, und wir heißen „Schuld“ dasjenige, was in seiner äußeren Erscheinung zwar noch in unserm Vermögen ist, aber seinem Wert nach unserm Vermögen bereits ab- (dem Gläubiger also zu-) geht.“

vergl. v. Völderndorff a. a. O. S. 215.

Beim Kaufvertrag ist der Käufer den Kaufpreis erst dann schuldig, wenn der Verkäufer die Ware geliefert hat, ebensowenig bezahlt der Verkäufer eine Schuld, wenn er die Ware abliefert. Der Depositar ist nicht der Schuldner des Deponenten, da die zurückzugebende Sache nicht zu seinem Vermögen gehört; er kann aber der Schuldner des Deponenten werden, wenn er durch Verschuldung sich demselben schadensersatzpflichtig macht. Sowohl beim unerfüllten Kaufvertrag wie beim Depositum ist nur eine Haftung der Kontrahenten anzunehmen. Man kann sonach nie zu einer Trennung der beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten beim unerfüllten gegenseitigen Vertrage gelangen, da einerseits der Konkursverwalter nur wirkliche Forderungen des Gemeinschuldners einzuziehen hat, andrerseits die Konkursmasse nur für wirkliche Schulden des Gemeinschuldners haftet.

Solange also nur Haftungen auf beiden Seiten vorhanden sind und nicht durch die von einer Seite erfolgte vollständige Erfüllung sich die schwebende Haftung in eine einseitige Forderung und Schuld verwandelt hat, kann von einer Anwendung der §§ 1 und 2 der Konkursordnung keine Rede sein.[1])

c. Wahlrecht des Verwalters.

§ 8.

Im gemeinen Konkursrecht ist die Lehre von der Erfüllung beiderseits noch nicht erfüllter zweiseitiger Verträge nur für den

---

[1]) Beim einseitigen Vertrage kann der Konkursverwalter die volle Leistung ohne Rücksicht auf etwaige Gegenforderungen verlangen, während die letzteren nur als Konkursforderungen geltend zu machen sind. Vergl. Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 61.

Pacht- und Sachenmietvertrag besonders entwickelt worden, im Uebrigen bestand die Vorschrift,

vergl. Bayer a. a. O. § 32 hinsichtlich des Kaufvertrages,

daß es dem Massekurator freistehe, auf Kosten der Masse zu erfüllen und die Erfüllung von der Gegenseite zu verlangen oder die Erfüllung abzulehnen, in welch letzterem Falle dem Mitkontrahenten, seine Entschädigungsforderung als Konkursforderung geltend zu machen, unbenommen sei. Die Vorschriften der Konkursordnung stimmen mit dem gemeinen Recht im wesentlichen überein. Der Konkursverwalter kann an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen. § 52 Zff. 2 daselbst bezeichnet als Masseschulden die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß. Nach § 50 daselbst sind die Masseschulden aus der Konkursmasse vorweg zu berichtigen. Der § 21 statuiert eine Forderung wegen Nichterfüllung.

Wie bereits oben ausgeführt worden, hat die Konkurseröffnung die Nichterfüllung der von dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Verträge zur unmittelbaren Folge. Der § 15 statuiert von diesem Satze eine Ausnahme, indem er dem Konkursverwalter das Recht beilegt, bei beiderseits unvollständig erfüllten Verträgen von dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners gegen Gegenleistung die Erfüllung zu verlangen. Der Konkursverwalter wird natürlich, da er nach § 74 der Konkursordnung verpflichtet ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden, dieses Recht nur dann ausüben, wenn er sich von der Erfüllung für die Konkursmasse, trotzdem dieselbe dadurch mit einer Schuld belastet wird, besondere Vorteile verspricht; falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist und es sich um einen Wertgegenstand von mehr als 300 Mk. handelt, hat er nach § 121 Zff. 2 der Konkursordnung die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, wenn er die Erfüllung verlangen will; dem Mitkontrahenten gegenüber braucht der Verwalter jedoch den Nachweis der Erteilung der Genehmigung nicht zu führen (§ 124 daselbst).

Der Konkursverwalter kann aber auch die Erfüllung ablehnen, es bleibt dann bei der Nichterfüllung des Vertrages, wie sie bereits in Folge der Konkurseröffnung eingetreten ist. Der Mitkontrahent hat aber das größte Interesse daran, möglichst bald Gewißheit darüber zu haben, ob die Erfüllung des Vertrages stattfinden soll oder nicht, um für den Fall der Nicht-

erfüllung anderweitige Dispositionen treffen, auch seine Forderung wegen Nichterfüllung (vergl. unten) rechtzeitig zur Konkursmasse anmelden zu können. Der Absatz 2 des § 15 schreibt demnach vor, daß der Verwalter auf Erfordern des andern Teiles, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug, d. h. binnen einer nach Lage des Falls und unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände zu bemessenden Frist,

vergl. Motive S. 68, 69,

zu erklären verpflichtet ist, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er die rechtzeitige Erklärung, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen. Hieraus geht hervor, daß das Wahlrecht des Verwalters durch gewisse Grenzen beschränkt ist, und zwar insofern als er nach Ablauf obiger Frist sein Wahlrecht in Widerspruch mit dem Mitkontrahenten nicht mehr ausüben kann.

d. Der Verwalter wählt die Erfüllung.

§ 9.

Entscheidet der Konkursverwalter sich für die Erfüllung des Vertrages, so ist zunächst festzuhalten, daß er als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners sich alle Einreden aus dem Vertrage, die dem Mitkontrahenten gegen den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustanden, gefallen lassen muß. Andrerseits ist er aber auch nur das, worauf der Gemeinschuldner verpflichtet war, zu leisten verbunden, kann also namentlich auch dem Gemeinschuldner zuständige Einreden gegen den Mitkontrahenten geltend machen.

Hervorzuheben ist hier die Unterscheidung, ob Leistung Zug um Zug bedungen, oder ob die eine Partei früher, die andere später zur Leistung verpflichtet ist. In dem ersteren Falle hat der Verwalter den Mitkontrahenten sofort aus der Masse zu befriedigen, im letzteren Falle kommt es wiederum darauf an, ob der Gemeinschuldner oder der Gegner zur Vorleistung verpflichtet ist. Ist der Gemeinschuldner zur Vorleistung verpflichtet, wird die Befriedigung des Mitkontrahenten sofort aus der Masse zu erfolgen haben; ist es der Gegner, so hat der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Erfüllung auf Rechnung der Masse zu übernehmen. Hat z. B. der Gemeinschuldner Waren zahlbar drei Monate nach Lieferung gekauft, muß der Verkäufer auf Verlangen des Konkursverwalters sofort liefern, während der letztere erst nach Ablauf der vertragsmäßigen Frist die Zahlung zu leisten hat. In solchem Falle würde allerdings der Verkäufer Gefahr laufen, einen Ausfall zu erleiden, wenn

nämlich die Konkursmasse nicht einmal zur Deckung der Masseschulden ausreichen sollte. Eine Sicherstellung wird aber der Mitkontrahent für diesen gewiß seltenen Fall nicht verlangen können, wenigstens findet sich in der Konkursordnung keine dahin gehende Vorschrift, auch die

Motive S. 69

erklären den Verwalter zur Sicherheitsleistung nur für den Fall verpflichtet, wenn der Mitkontrahent auch von dem Gemeinschuldner Kaution für die Erfüllung verlangen konnte, oder sonst der Gemeinschuldner gesetzlich kautionspflichtig war. So auch

Brachmann a. a. O. S. 29 Note 5, v. Sarwey Note 6 zu § 15, Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 63.

Anderer Meinung

Seuffert a. a. O. S. 134

wohl auf Grund der Ansicht, daß der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger für die letzteren die Schuld besonders übernehmen müsse.

e. Einreden des Mitkontrahenten.

§ 10.

Einer besonderen Prüfung bedarf die Frage, inwieweit den Konkursverwalter, falls er die Erfüllung verlangt, Aenderungen binden, welche nach dem Abschlusse des Vertrages, aber vor der Konkurseröffnung hinsichtlich des Inhaltes des letzteren von dem Gemeinschuldner vorgenommen worden sind. Zunächst möchte es als selbstverständlich erscheinen, daß der Verwalter als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners solche Aenderungen, welche das Verhältnis beider Parteien zu einander betreffen, — von Anfechtbarkeit nach den §§ 22 bis 34 der Konkursordnung abgesehen — auch gegen sich anzuerkennen hat, so z. B. die Folgen eines Verzuges, dessen sich der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung schuldig gemacht hat, ebenso eines ihm zur Last zu legenden dolus oder einer vis. Zweifelhaft ist dagegen, ob der Konkursverwalter auch Aenderungen an dem Vertragsinhalte, welche der Gemeinschuldner zu Gunsten dritter Personen vorgenommen hat, also namentlich Dispositionen über das dem Gemeinschuldner aus seiner Leistung ihm erwachsende Recht auf die Gegenleistung, gegen sich gelten zu lassen braucht. Gesetzt den Fall, Jemand hat Waren, lieferbar an einem bestimmten Zeitpunkte, verkauft, hat die Kaufgeldsforderung an einen Dritten cedirt und der letztere hat dem Käufer von dieser Cession Anzeige gemacht. Bevor der Zeitpunkt der Lieferung eintritt, bricht über das Vermögen des Verkäufers Konkurs aus.

Kann in solchem Falle der Konkursverwalter durch Ausübung seines Wahlrechts für die Erfüllung die Cession der Kaufgeldsforderung ungeschehen machen und die Gegenleistung von dem Käufer zur Konkursmasse verlangen? Meines Ermessens ist diese Frage zu verneinen. Wenn der Verkäufer nicht in Konkurs geraten und durch ihn selbst die Lieferung der verkauften Waren bewerkstelligt worden wäre, hätte er mit seinem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen den Käufer nicht durchdringen können, da er in Folge der Cession und der seitens des Cessionars vorgenommenen Denunziation, soweit letztere erforderlich ist, sicherlich nicht mehr Gläubiger des Käufers war.

vergl. Windscheid Pandekten § 331 zu Note 7; ferner betreffs der Zulässigkeit der Cession bedingter, befristeter oder zukünftiger Forderungen § 335 zu Note 11 und 12 eodem.

Es stand also dem Gemeinschuldner und folglich auch dem Konkursverwalter als dem gesetzlichen Vertreter desselben zur Zeit der Konkurseröffnung kein Forderungsrecht (auch kein bedingtes oder zukünftiges) gegen den Käufer zu. Wenn auch der Verwalter den Kaufvertrag auf Kosten der Konkursmasse erfüllte, so erfüllte er doch immer nur „an Stelle des Gemeinschuldners", er konnte also durch die Erfüllung nicht mehr Rechte erwerben, als der Gemeinschuldner, falls er selbst erfüllt hätte, erwerben konnte. Der Konkursverwalter und eventuell auch der Gläubigerausschuß haben es aber vollkommen in der Hand, zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen, je nachdem ihnen nach Prüfung der Sachlage das eine oder das andere als für die Konkursmasse vorteilhafter erscheint. „Eine weitere Einwirkung

vergl. Entscheidung des Reichsgerichts III. Civilsenat vom 15. Februar 1884 in Band 11 S. 49 bis 52.

auf die Rechtsbeständigkeit und den Inhalt des Vertrages steht ihm (dem Konkursverwalter) nicht zu. Er tritt, wie § 15 a. a. O. ausdrücklich sagt, bei der Erfüllung des Vertrages an die Stelle des Gemeinschuldners, muß also alles leisten, was dieser dem andern Kontrahenten zu gewähren hatte. Umgekehrt kann er auch nicht mehr beanspruchen, als dem Gemeinschuldner zustand.... Der Konkursverwalter darf nur diejenige Leistung fordern, zu welcher der andere Kontrahent bei der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gegenüber verpflichtet war. Ob das Recht des Gemeinschuldners auf die anfänglich im Vertrage bestimmte Leistung durch teilweise Erfüllung vermindert oder ob es durch gültigen Rechtsakt auf einen Dritten übergegangen ist, macht für die rechtlichen Befugnisse des Gemeinschuldners und ebenso des Verwalters keinen Unterschied. Letzterer muß, wenn er die Erfüllung des Vertrages verlangt,

die Aenderungen desselben, durch welche Dritte Rechte erlangt haben, wie der Gemeinschuldner selbst anerkennen." Es handelt sich in dieser Entscheidung darum, ob der Konkursverwalter, welcher die Erfüllung des von dem Gemeinschuldner über die Cession seiner Pachtung und den Verkauf des Inventars pp. gegen eine Cessionsvaluta und einen Kaufpreis von 57000 ℳ abgeschlossenen Vertrages zur Konkursmasse verlangt hat, die auf Antrag eines Dritten durch das Amtsgericht verfügte Pfändung der Cessionsvaluta- und Kaufpreisforderung anzuerkennen habe, welche Frage in Beihalt obiger Ausführungen bejaht wird.

vergl. auch Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 63 Text zu Note 2, Endemann a. a. O. S. 163 Note 17.

Auf einem entgegengesetzten Standpunkte steht die

Entscheidung des Reichsgerichts, I. Civilsenat vom 16. Februar 1884 in Band 11 S. 136 flg.

Hier hat der Gemeinschuldner als Verkäufer einen Lieferungsvertrag über Zuckerrüben abgeschlossen. Während der Vertrag in der Ausführung begriffen ist, hat er die Käuferin angewiesen, das Kaufgeld für die gelieferten und noch zu liefernden Rüben für seine Rechnung an eine dritte Person, seine Gläubigerin, zu zahlen, die Käuferin hat diese Anweisung dem Assignanten gegenüber unter Zuziehung der Assignatarin acceptiert, sodaß nach Ansicht des Reichsgerichts die Kaufgeldforderung sowohl nach preußischem Recht, als auch nach art. 300 des Handelsgesetzbuches aus dem Herrschaftsbereich des Anweisenden (also des Gemeinschuldners) herausgegangen ist, und die Assignatarin ein Gläubigerrecht gegenüber der Assignatin erworben hat, welches ihr der Assignant nicht wieder entreißen kann. Nach der Konkurseröffnung erklärt der Verwalter der Käuferin in Bezug auf den Rübenlieferungsvertrag, soweit ihn der Gemeinschuldner noch nicht erfüllt habe, wolle er denselben bestehen lassen und die Lieferung der Rüben fortsetzen. Er liefert in der That die Rüben weiter, die auch von der Käuferin angenommen werden. Die letztere verweigert nun aber die Zahlung des Kaufpreises zur Konkursmasse, indem sie sich auf die Anweisung beruft. Das Reichsgericht giebt der Klage des Konkursverwalters aus folgenden Gründen statt. Der Konkursverwalter habe die Wahl, den Vertrag zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen. Wenn er sich für die Erfüllung entscheide, könne dies nur zum Vortheil der Gläubigerschaft geschehen, nicht aber um die Deckung eines einzelnen Gläubigers (also des Assignatars) zur Wirksamkeit zu bringen, die der Gemeinschuldner für den Fall seiner Erfüllung gewollt hatte. Mit der Konkurseröffnung seien die Rüben, sowie das ihre Lieferung betreffende Vertragsrecht der freien Verfügung des Gemeinschuldners ent-

zogen und einer Verfügung im Interesse und zum Zwecke der Befriedigung der gesamten Gläubiger desselben unterstellt. Die Verwertung der Rüben könne auch durch Geltendmachung des zur Konkursmasse gehörenden Vertragsrechtes erfolgen. Solche Realisierung im Interesse der Gläubigerschaft könne nicht eine Deckung des Einzelgläubigers zur Wirkung bringen. Die Erfüllung des Vertrages durch den Konkursverwalter habe andere Wirkungen als die Erfüllung durch den Gemeinschuldner, auch wenn man annehme, daß der Konkursverwalter namens des Gemeinschuldners handele. „Immerhin wäre er (der Gemeinschulder) in Bezug auf die Konkursmasse als Rechtssubjekt nur unter einer ihm vom Gesetze im Interesse der Zwecke des Konkursverfahrens auferlegten Zwangsvertretung zu denken, welche die Bedeutung und Wirkung der Handlungen lediglich entsprechend diesem Zwecke und absehend von der Bedeutung und Wirkung solcher Handlungen des Gemeinschuldners als freier Rechtspersönlichkeit bestimme."

Meines Ermessens ist diese Entscheidung unrichtig. Allerdings ist der Konkursverwalter, wenn er auch als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, wie wir bereits oben gesehen haben, verpflichtet, das ihm hinsichtlich der Konkursmasse zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht im Interesse der Gläubiger auszuüben (das Interesse eines redlichen Schuldners fällt mit dem Interesse der Gläubiger zusammen). Er hat also nur solche Rechtshandlungen hinsichtlich der Konkursmasse vorzunehmen, welche derselben zum Vorteile gereichen, und sich also auch bei der Ausübung des ihm nach § 15 zustehenden Wahlrechtes für die Erfüllung nur dann zu entscheiden, wenn er dies für der Masse dienlich erachtet. Daß aber die Bedeutung und Wirkung der Handlungen, die er hinsichtlich der Konkursmasse vornimmt, immer nach ihrem Zwecke, dem Interesse der Masse zu dienen, bestimmt werden muß, dafür bietet sich meines Ermessens in den Bestimmungen der Konkursordnung kein Anhalt. Er handelt an Stelle des Gemeinschuldners, seine Handlungen haben dieselbe Bedeutung als wenn sie von dem Gemeinschuldner selbst vorgenommen worden wären. Wenn der Verwalter sich für die Erfüllung entscheidet (die Wahl hat er allerdings) und demgemäß erfüllt, so kann er aus dem Vertrage nicht mehr Rechte herleiten als dies der Gemeinschuldner gekonnt hätte, namentlich aber auch solche Rechte, welche dritten Personen für den Fall der Erfüllung zustehen, nicht hinfällig machen. Der hier vertretenen Ansicht ist auch

Förster-Eccius Preußisches Privatrecht Band 1 § 117 hinter Note 3, S. 801, 892,

während

Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 64 Text zu Note 1

sich der zuletzt zitierten Entscheidung des Reichsgerichts anschließt.[1])

f. Verträge auf höchst persönliche Leistungen.

§ 11.

Da die Vorschrift des § 15 der Konkursordnung ganz allgemein lautet, ist zu untersuchen, wie der Konkursverwalter sich zu solchen beiderseits unerfüllten zweiseitigen Verträgen zu verhalten hat, welche eine höchst persönliche Leistung des Gemeinschuldners oder an den Gemeinschuldner zum Gegenstande haben. „Die rein persönlichen Rechte, sagen die

Motive S. 64,

gehören schon an sich nicht zur Konkursmasse, ebensowenig können solche Ansprüche, deren Leistung nur an und für die Person des Gemeinschuldners ohne eine Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen desselben auszuführen und deren Verwertung daher für die Konkursmasse ausgeschlossen ist, nicht durch den Konkursverwalter ausgeübt werden. So kann von einer Anwendung der §§ 15 bis 19 auf ein Kontraktsverhältnis des Gemeinschuldners mit seinem Hausarzt oder mit einer Amme oder mit den Erziehern seiner Kinder keine Rede sein" .... „Ebenso verhält es sich, wenn die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners aus einem zweiseitigen Vertrage nur von ihm persönlich erfüllt werden kann, z. B. bei einer Verpflichtung desselben, ein schriftstellerisches oder künstlerisches Werk auszuführen, Unterricht zu erteilen u. s. w. Hier würde die Erfüllung durch den Verwalter entweder unmöglich oder wenigstens die Erfüllung eine derart andere sein, daß sie den Kontrakt zu einem andern machen würde. Der Verwalter hat in solchem Falle weder das Recht noch die Pflicht, die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners zu erfüllen." Ob diese Ansicht der Motive in Bezug auf die Anwendung des § 15 der Konkursordnung richtig ist, wird zu untersuchen sein. Nach dem oben (sub A) Ausgeführten erscheint es zunächst unzweifelhaft, daß diejenigen Verträge, in denen sich der Gemeinschuldner zu einer höchst persönlichen, also nicht vertretbaren Leistung verpflichtet hat, von dem Konkursverfahren, also auch von der Bestimmung des § 15 unberührt bleiben; so auch insbesondere

v. Völderndorff Note 5 zu § 19, S. 270; Petersen-Kleinfeller Vorbemerkungen zum 2. Titel S. 59.

---

[1]) Endemann berücksichtigt diese Entscheidung garnicht.

Es bleiben also für die folgende Betrachtung nur solche Verträge übrig, aus denen der Gemeinschuldner ein Recht auf höchst persönliche Leistungen erworben hat. Die Zweifel gegen die Richtigkeit der Auffassung der Motive gründen sich hauptsächlich auf die Bestimmung des § 19 der Konkursordnung, auf deren Inhalt daher schon hier näher eingegangen wird. Der § 19 bestimmt, daß ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis von jedem Theile aufgekündigt werden kann. Der Konkursverwalter ist in solchem Falle berechtigt, Dienstleistungen, welche der Gemeinschuldner gemietet hatte, für die Konkursmasse in Anspruch zu nehmen, andrerseits aber auch verpflichtet, den Dienstlohn aus der Konkursmasse zu zahlen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes, „ein im Haushalt u. s. w. angetretenes Dienstverhältnis,"

vergl. auch Motive Seite 82, 83,

ist anzunehmen, daß nur solche Dienstverträge, welche den fortdauernden Gebrauch einer Arbeitskraft, nicht aber die Verrichtung einer einzelnen oder auch mehrerer in keinem gewollten Zusammenhang unter einander stehender Dienstleistungen bildet, zum Gegenstande haben, der Bestimmung des § 19 unterliegen. Zweifelhaft ist aber, ob alle in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenen Dienstverhältnisse unter den § 19 fallen, oder ob diejenigen ausgeschlossen sind, bei welchen die Leistung nur an den Gemeinschuldner persönlich, also nicht an den Verwalter zu Gunsten der Konkursmasse geschehen kann. Die Motive S. 83 schließen die letzteren, wie überhaupt vom Konkursverfahren, so auch von der Anwendung des § 19 aus und nennen als Beispiele für diesen § die Dienstverträge des Gemeinschuldners mit Hausdienern und Handlungsdienern, Packern, Markthelfern, mit seinen Handlungsgehülfen oder Gewerbegehülfen, Gesellen, Fabrikarbeitern, Werkmeistern oder mit Technikern und andern Privatbeamten.

Der Auffassung der Motive entspricht meines Ermessens die Bestimmung des § 19 nicht. Auch die Entstehungsgeschichte dieses § weist auf die Unrichtigkeit jener Auffassung hin. Die Fassung des § 19 im zweiten Entwurf lautete noch: ein bei dem Gemeinschuldner angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teil aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit u. s. w. (ebenso wie Konkursordnung). In der ersten Lesung der Reichstags-Kommission

vergl. Protokolle S. 17 bis 19

beantragte der Abgeordnete v. Sarwey folgenden Zusatz zu § 19 zu machen: „Das Dienstverhältnis wird mit der Konkurs-

eröffnung vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche des Bediensteten aufgehoben, soweit dasselbe nur zu persönlichen Dienstleistungen bei dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen verpflichtet." Entgegen diesem Antrage war der Abgeordnete Dr. Goldschmidt der Ansicht, daß die Unterscheidung zwischen an die Person des Gemeinschuldners geknüpften und nicht an die Person des Gemeinschuldners geknüpften Dienstleistungen allerdings in dem Entwurfe, nicht aber in dem Gesetze zum Ausdruck gelangt sei, und machte den Vorschlag, zu Protokoll zu konstatieren, daß die Kommission die in den Motiven aufgestellte Ansicht nicht teile. Diesem Vorschlage entsprechend, beantragte der Abgeordnete Dr. Websky, anstatt des von dem Abgeordneten v. Sarwey beantragten Zusatzes folgenden Zusatz zu dem § 19 zu beschließen: „Die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel ob die Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht." Der letztere Antrag wurde von der Kommission angenommen, die Redaktionskommission behielt jedoch die beantragte Fassung nicht bei, sondern ersetzte dieselbe durch die im Gesetz enthaltene Fassung: „Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis ...." Diese Aenderung konnte nur im Sinne des gemäß dem Antrage des Abgeordneten Dr. Websky gefaßten Beschlusses vorgenommen worden sein und wurde auch noch in der ersten Lesung

vergl. Protokolle S. 127

zugleich mit sonstigen von der Kommission vorgenommenen Aenderungen mitgenehmigt. Sprechen schon diese Thatsachen gegen die Auffassung der Motive, so wird deren Unrichtigkeit auch durch den Wortlaut des Gesetzes selbst bestätigt, da die in dem Haushalte oder Wirtschaftsbetriebe einer Person angetretenen Dienstverhältnisse in den meisten Fällen oder fast nur derartige sein werden, die an die betreffende Person oder die Angehörigen derselben geknüpft sind. Wenn also

v. Sarwey a. a. O. Note 1 zu § 19

nur solche in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenen Dienstverhältnisse, deren Verwertung durch den Konkursverwalter zu Gunsten der Konkursmasse möglich ist, der Vorschrift des § 19 unterstellt, sonstige Dienstverhältnisse aber von dem Konkursverfahren unberührt lassen will, so ist diese Ansicht als dem Wortlaute und der Entstehung des Gesetzes widersprechend zu verwerfen.

vergl. Fitting a. a. O. § 6 Note 31, S. 49; v. Völderndorff a. a. O. Note a zu § 19 S. 270, 271; v. Wilmowsky a. a. O. Note 2 zu § 19 S. 104; Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 59 und 77.

Es ist also für die Anwendung des § 19 nur entscheidend, ob das Dienstverhältnis im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetreten ist.

Für sonstige Dienstmietverträge, also namentlich solche, welche überhaupt noch nicht angetreten, ferner diejenigen, welche nicht für längere Zeitdauer, sondern zwecks Verrichtung einer einzelnen Dienstleistung abgeschlossen worden sind, findet meines Ermessens der § 15 der Konkursordnung Anwendung, gleichgültig, ob die Leistung nur an den Gemeinschuldner persönlich erfolgen kann oder nicht. Es hat also der Vermieter des Dienstes, z. B. der Hausarzt oder der Hauslehrer, der seinen Dienst noch nicht angetreten hat,

vergl. v. Völderndorff S. 272, 273,

die Wahl, ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren das Dienstverhältnis fortzusetzen beziehungsweise anzutreten, und sich dann wegen des Honorars lediglich an den Gemeinschuldner und dessen nicht zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu halten oder den Konkursverwalter nach § 15 Abs. 2 zur Erklärung aufzufordern, ob er die Erfüllung des Vertrages, also die Fortsetzung oder die Antretung des Dienstverhältnisses verlange. Wenn auch in der Regel der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnen wird, in welchem Falle das Verhältnis als gelöst zu betrachten und der Vermiether auf den § 21 der Konkursordnung zu verweisen wäre, so sind doch immerhin Fälle denkbar, in denen der Konkursverwalter die Fortsetzung des Dienstverhältnisses für zweckmäßig erachten könnte.

v. Völderndorff S. 273.

Er wählt z. B. die Erfüllung des von dem Gemeinschuldner mit dem Hauslehrer abgeschlossenen Vertrages, um auf diese Weise den ihm nach § 1 Abs. 2 der Konkursordnung obliegenden Verpflichtungen nachzukommen. Anderer Ansicht ist

Fitting S. 41

aus dem meines Ermessens nicht stichhaltigen Grunde, daß solche Vertragsverhältnisse, welche nach einer ihrer beiden Seiten hin nicht zum Konkursvermögen gehören, überhaupt von dem Konkursverfahren ausgeschlossen seien, da bei einem gegenseitigen Vertrage der Wert der Leistung den Ersatz desjenigen der Gegenleistung bilden solle. Gegen die hier vertretene Auffassung ist auch

Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 59

mit Berufung auf die Natur der Sache, sonst ohne Begründung; ferner

Endemann a. a. O. S. 179 Note 78.

g. Nichterfüllung des Vertrages.

§ 12.

Wie bereits mehrfach hervorgehoben worden ist, besteht die Wirkung der Konkurseröffnung hinsichtlich der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, welche diesen zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichten, darin, daß deren Nichterfüllung zur Konkursmasse eintrete. Ausnahmsweise kann der Konkursverwalter nach § 15 der Konkursordnung ein beiderseits unvollständig erfülltes Rechtsgeschäft erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen. Macht der Konkursverwalter von dieser Befugniß keinen Gebrauch, sei es, daß er, von der Gegenseite zur Erfüllung aufgefordert, die Erfüllung ablehnt, sei es, daß er die Erklärung vollkommen unterläßt oder nicht rechtzeitig abgiebt, so daß er auf der Erfüllung nicht bestehen kann, tritt die Regel in Kraft. Für diesen Fall ist nach § 21 der Konkursordnung der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Von dieser Bestimmung ist bereits oben für den Fall die Rede gewesen, daß der Gegner seinerseits vor der Konkurseröffnung vollständig an den Gemeinschuldner erfüllt hatte. Aber auch wenn unvollständige Erfüllung seitens des Gegners an den Gemeinschuldner erfolgt war, wie dies der § 15 voraussetzt, kann Ersterer das unvollständig Geleistete nach Satz 1 des § 21, falls auch die sonstigen Voraussetzungen dieser Bestimmung vorliegen, nicht zurückfordern.

Es fragt sich nun, welche Rechte dem Mitkontrahenten zustehen, wenn der Konkursverwalter von der ihm nach § 15 zustehenden Befugniß keinen Gebrauch macht. Zunächst ist zweifellos, daß er die Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Vertrage bis nach Beendigung des Konkursverfahrens verschieben kann. Während des Konkursverfahrens kann er entweder dem Konkursverwalter gegenüber auf die Erfüllung verzichten — in diesem Fall ist der Vertrag mit seinen Wirkungen auch dem Gemeinschuldner gegenüber aus der Welt geschafft, so die herrschende Meinung,

> vergl. insbesondere Völderndorff a. a. O. S. 234, Wilmowsky a. a. O. S. 93, Fitting a. a. O. § 6 Note 7, 8; Endemann a. a. O. S. 166 Note 29, Reichsgericht Bd. 11 S. 51.

anderer Ansicht auf Grund seiner Pfandrechtstheorie

> Seuffert a. a. O. Note 4 zu § 10, S. 132, vergl. auch Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 64 Text zu Noten 2—4, Oetker a. a. O. S. 105 flg.

— oder er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung nach § 21 der Konkursordnung als Konkursgläubiger geltend machen. Andere Möglichkeiten — abgesehen von dem Falle, wo der Gemeinschuldner konkursfreies Vermögen besitzt, aus welchem er erfüllt — sind meines Ermessens nicht denkbar. Unrichtig ist, wenn

Fitting a. a. O. Note 7 zu § 6

dem Mitkontrahenten gestatten will, seine Forderung, wenn sie nicht schon vorher auf eine Geldleistung gerichtet war, als eine durch die Konkurseröffnung nach Maßgabe ihres damaligen Schätzungswertes in eine Geldforderung umgewandelte zu behandeln, sonach, falls die ihm obliegende Leistung in Geldzahlung besteht, sich durch Aufrechnung zu befriedigen und, sollte der Geldbetrag seiner Forderung den Betrag seiner Schuld übersteigen, den Ueberschuß im Konkursverfahren geltend zu machen. Wie wir oben gesehen haben, bewirkt der gegenseitige Vertrag, so lange er beiderseits unerfüllt ist, noch keine Forderungen und keine Schulden, sondern bloße Haftungen, ferner ist eine Trennung der beiden Seiten des gegenseitigen Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen und namentlich für das Konkursrecht unstatthaft; das Gegenteil müßte schon angenommen werden, wollte man eine Aufrechnung im Sinne der §§ 46 und 47 der Konkursordnung vornehmen. Unrichtig ist aber auch ferner, wenn

Fitting Note 8 eodem

es dem Mitkontrahenten freistellt, seine Forderung gegen Erbieten zu vollständiger Erfüllung des Vertrages von seiner Seite im Konkursverfahren geltend zu machen. Die Konkurseröffnung bewirkt, wie oben (§ 4 am Ende) ausgeführt, ohne weiteres die Nichterfüllung der Verträge des Gemeinschuldners; es gestattet die Konkursordnung für diesen Fall dem Gegner nur, seine Forderung wegen der Nichterfüllung als Konkursforderung geltend zu machen.

Wegen der Nichterfüllung eines Vertrages kann von dem Mitkontrahenten eine Forderung auf das Interesse geltend gemacht werden, wenn der Schuldner mit der Erfüllung im Verzuge ist, wenn er sich schuldvoller Weise in die Unmöglichkeit versetzt, die ihm obliegende Leistung zu machen, wenn die Nebenberedung getroffen, daß jede Partei oder eine von beiden Parteien im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung das Interesse zu fordern berechtigt sei, u. s. w. Ist einer dieser Fälle schon vor der Konkurseröffnung eingetreten, kann zweifellos der Mitkontrahent seine Interesseforderung als Konkursforderung geltend machen; man wird aber auch nicht umhin kommen können in dem Fall der erst durch die Konkurseröffnung eintretenden Nichterfüllung,

bezw. auch wenn eine Nebenberedung des oben bezeichneten Inhalts nicht getroffen ist, dem Mitkontrahenten eine als Konkursforderung geltend zu machende Interessforderung zuzubilligen. Die Forderung wegen Nichterfüllung

vergl. Wilmowski Note 2 zu § 21

(die Aufhebung ist ebenfalls nur eine qualifizierte Nichterfüllung) kann nur eine Entschädigungsforderung sein und zwar als Regel ein Anspruch auf Erstattung des Interesses, welches der Gläubiger daran hat, daß ihm erfüllt wird (Leistung des Erfüllungsinteresses), da der Konkurs nicht von der Obligation befreit, aber die Erfüllung, d. h. die obligationsmäßige Gewährung der ursprünglich festgesetzten bezw. zu gebenden Leistung beseitigt, wenn der Verwalter nicht erfüllen will. Die Forderung ist nicht eine Geldforderung auf Erfüllung, welche vom Gläubiger unter seinem Erfüllungserbieten geltend gemacht werden könnte, sondern ein Interesseanspruch wegen Nichterfüllung. Wilmowski folgt in diesen Ausführungen der Ansicht der Motive (vergl. insbesondere S. 67: „die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der Konkurseröffnung"), ebenso auch die übrigen Schriftsteller. Fitting allein (vergl. a. a. O. § 6 Note 8) vertritt die gegenteilige Ansicht, nämlich daß trotz der Konkurseröffnung dem Gläubiger des Gemeinschuldners nur ein Anspruch auf Erfüllung zustehe; es sei unrichtig, wenn die Motive annähmen, daß die Konkurseröffnung an und für sich die Nichterfüllung des Vertrages zur Folge habe, noch weniger richtig, daß durch die natürlichen Folgen der Konkurseröffnung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Anspruch auf Schadensersatz begründet sei. Die Entschädigungsforderung sei nur dann begründet, wenn sie sich aus besonderen Umständen, z. B. Verzug, Verschuldung, Delikt herleiten lasse. Der vermeintliche Anspruch wegen Nichterfüllung sei in der That ein Anspruch auf Erfüllung, der Regel gemäß stehe dem Gläubiger nur dieser Anspruch, und falls der Anspruch auf etwas anderes als Geld gerichtet sei, nach § 62 der Konkursordnung nur ein Anspruch auf den einfachen Schätzungswert zu. Das Unbefriedigende der Ausführung der Motive habe hier vornehmlich darin seinen Grund, daß sie nicht genügend zwischen der Geltendmachung einer Forderung dem Geldwerte oder Schätzungswerte (vera aestimatio) nach und einer Entschädigungsforderung (Interesseforderung) unterscheiden. Die Ansicht der Motive ist m. E. die richtige, sie findet auch in dem Wortlaute der bezüglichen Gesetzesstellen einen genügenden Ausdruck (vergl. § 1 der K.-O., ferner § 16 daselbst, in welchem die nach § 15 ausnahmsweise zugelassene Erfüllung unvollständig erfüllter zweiseitiger Verträge bei Fixgeschäften prinzipiell ausgeschlossen und nur die Geltend-

machung einer Forderung wegen Nichterfüllung, deren Betrag Abs. 2 festsetzt, für zulässig erklärt wird). Die allgemeine, wenigen Ausnahmen unterliegende Rechtsregel,

vergl. Windscheid a. a. O. Band 2 § 265, Wächter Beilagen S. 29 (XXX).

daß Jeder, welcher die Erfüllung der ihm obliegenden obligatorischen Verpflichtungen unterläßt, dem Berechtigten das Erfüllungsinteresse (damnum emergens und lucrum cessans) leisten muß, so lange er nicht nachweist, daß ihm die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich geworden sei, findet auch hier Anwendung. Zugegeben muß allerdings werden, daß in den weitaus meisten Fällen die Interesseforderung des Mitkontrahenten ihrer Höhe nach einer Forderung auf den Schätzungswert des von dem Gemeinschuldner geschuldeten Gegenstandes gleichkommen wird (vergl. Motive S. 67—68, 91, 93—94, 245—246, Völderndorff Note 47, 48 zu § 15, Rassow über Fitting Konkursrecht in Gruchot's Beiträgen Band 26 S. 446—448).

h. Haftung des Gemeinschuldners.

§ 13.

Entscheidet sich der Konkursverwalter nach § 15 der Konkursordnung für die Erfüllung des Vertrages, wird der Mitkontrahent nach § 52 Ziff. 2 daselbst Massegläubiger; sein Anspruch ist also nach § 50 daselbst aus der Konkursmasse vorweg zu befriedigen, sodaß er, da regelmäßig die Konkursmasse zur Deckung der Masseschulden ausreichen wird (vergl. § 53 der K.-O. reicht die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht aus, müssen bei der verhältnißmäßigen Befriedigung zunächst die Masseschulden berücksichtigt werden), seine vollständige Befriedigung erlangt. Sollte letzteres nicht der Fall sein, kann der Mitkontrahent sich nach der Beendigung des Konkursverfahrens an den Gemeinschuldner selbst halten. Dies ergiebt sich aus dem Satze, daß der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung Eigentümer des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens geblieben ist. Er muß also aus den Handlungen, welche der Konkursverwalter als sein gesetzlicher Vertreter bei Gelegenheit der Verwaltung und Verwertung des ihm gehörigen Vermögens vorgenommen hat, haften, wie ihm auch andrerseits die Vorteile der Verwaltung und Verwertung zu statten kommen. (vergl. Motive Bemerkung vor Titel 7 des 1. Buches S. 240, Fitting § 14 Note 2, § 25 Note 15. Anderer Ansicht Völderndorff Bemerkung vor Titel 7 des 1. Buches S. 590—593, Seuffert a. a. O. § 13 S. 166—176).

C. Der Einfluß der Konkurseröffnung auf Pacht- und Mietverträge des Gemeinschuldners.

a. Pacht und Miete.

§ 14.

In den §§ 17—18 trifft die Konkursordnung über Pacht- und Mietverträge des Gemeinschuldners, deren Gegenstand eine Sache (hier Sache im Gegensatz zu Diensten auch Rechte mit umfassend, vergl. Völderndorff a. a. O. Note a zu § 17 S. 249) ist, besondere Bestimmungen. Gemeinrechtlich können bewegliche und unbewegliche Sachen sowie auch Rechte, z. B. Jagdrecht, Fischereirecht,

vergl. hierüber Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 72 zu Note 2,

den Gegenstand der Sachenmiete im weiteren Sinne bilden. Von Pacht spricht man besonders, wenn Rechte oder solche unbewegliche Sachen, deren Vermietung zum Zwecke der Fruchtziehung geschieht (namentlich praedia rustica), den Gegenstand des Mietsvertrages bilden; von Miete dagegen, wenn Sachen nicht zum Zwecke der Fruchtziehung, sondern zur bloßen Benutzung vermietet worden sind (praedia urbana).

vergl. Glück Pandekten Band 17 S. 266.

Juristisch gelten für die Pacht und die Miete der Regel nach gleiche Grundsätze; wenn daher im folgenden nur von Miete die Rede sein wird, so ist dieser Ausdruck im weiteren die Pacht mit umfassenden Sinne zu verstehen.

b. Die Vorschriften des gemeinen Konkursrechts.

§ 15.

Im gemeinen Recht war die Frage des Einflusses der Konkurseröffnung auf die Mietverträge des Gemeinschuldners

eine sehr bestrittene. Die herrschende Ansicht
vergl. Bayer § 31
entschied sich für die Regel, daß die Konkurseröffnung die Aufhebung des Mietsverhältnisses mit sich führe, daß es jedoch den Gläubigern freistehe, den Mietsvertrag zu Lasten und zu Gunsten der Konkursmasse fortzusetzen (vergl. Seufferts Archiv Band 13 Nr 77: Setzen die Gläubiger das Pachtverhältnis fort, gehen sie einen neuen Vertrag auf Grund der seitherigen Pachtbedingungen mit dem Pächter ein). Namentlich waren die Gläubiger, falls der Cridar vermietet hatte, nicht gehindert, die Sache zu verkaufen. Dem durch die vorzeitige Aufhebung des Mietsverhältnisses geschädigten Mitkontrahenten des Gemeinschuldners, sei es, daß derselbe Vermieter oder Mieter war, stand es frei, seine Entschädigungsforderung als Konkursforderung geltend zu machen. In Mecklenburg-Schwerin normirte bis zum 1. October 1879 die Verordnung vom 22. Juni 1811, Raabe Band 2 S. 451 (ungültig in den Domänen, Publikandum vom 3. August 1811, Raabe Band 2 S. 452, 453, für welche das gemeine Recht „in Mitberücksichtigung kontraktlicher Bestimmungen" maßgebend blieb, Trotsche a. a. O. II S. 362).

c. Die Vorschriften der Konkursordnung.

α.) Die Uebergabe der Sache ist noch nicht erfolgt.

§ 16.

Die Konkursordnung unterscheidet zunächst, ob die Uebergabe der gemieteten Sache zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfolgt war oder nicht. War die Sache noch nicht übergeben, so bestimmt der § 18 für den Fall, daß der Gemeinschuldner gemietet hatte, daß der andere Teil von dem Vertrage abgehen könne, als wenn derselbe nicht geschlossen wäre. Es steht also dem Vermieter ein Wahlrecht in derselben Weise wie dem Konkursverwalter nach § 15 der Konkursordnung zu. Er ist aber verpflichtet, auf Erfordern des Verwalters dem letztern ohne Verzug mitzutheilen, wofür er sich entscheiden will. Erklärt er nicht rechtzeitig, daß er von dem Vertrage abgehen wolle oder erklärt er sich für die Aufrechterhaltung des Vertrages, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.
Fitting § 6 Note 25.
Der Konkursverwalter hat also das Recht, sich für die beiderseitige vollständige Erfüllung zu entscheiden. Zu beachten ist, daß, falls der Vermieter erklärt, von dem Vertrage abgehen

zu wollen, der letztere nach Abs. 1 des § 18 als nicht geschlossen gelten soll, sodaß demnach dem Vermieter der Anspruch wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung aus § 21 nicht zusteht. Hat der Gemeinschuldner den Mietzins ganz oder teilweise vorausbezahlt, so kann der Konkursverwalter gegen Freigabe des Mietsobjektes den Vermieter nicht zur Zurückzahlung des Mietzinses zwingen,

vergl. Brachmann a. a. O. S. 51 Note 2, anderer Ansicht Völderndorff Band 1 S. 216,

da meines Ermessens gerade für den Fall etwa eintretender Zahlungsunfähigkeit des Mieters die Vorausbezahlung stattgefunden hat; anders natürlich, wenn der Vermieter selbst von dem Vertrage zurücktritt, in welchem Fall er den empfangenen Mietzins zurückzuerstatten hat.

Fitting a. a. O. Note 23 zu § 6.

Wenn dagegen der Gemeinschuldner vermietet hatte und die Sache noch nicht übergeben war, muß, da die Konkursordnung für diesen Fall nichts Besonderes bestimmt, der § 15 zur Anwendung kommen. Der Verwalter kann also sich für die beiderseitige vollständige Erfüllung bis zu dem vertragsmäßigen Ende des Verhältnisses entscheiden, in welchem Fall er natürlich die Verpflichtung des Gemeinschuldners aus dem Vertrage als Masseschuld erfüllen muß. Verzichtet der Verwalter auf das Recht, die Erfüllung zu verlangen, oder verliert er dasselbe durch nicht rechtzeitige Erklärung, so ist der Mieter berechtigt, eine ihm etwa zustehende Forderung wegen der Nichterfüllung als Konkursforderung anzumelden. Dieser Anspruch wird ihm z. B. dann zustehen, wenn er das Mietsgeld ganz oder teilweise vorausbezahlt (vergl. Fitting Note 22 zu § 6).

β. Die Uebergabe ist zur Zeit der Konkurseröffnung erfolgt.

I. Allgemeines.

§ 17.

Eine Ausnahme von der Regel der Nichterfüllung tritt ein, wenn die gemietete Sache bereits vor der Konkurseröffnung dem Mieter übergeben worden war. Erst wenn die Uebergabe erfolgt ist, — betreffs der Beantwortung der Frage, wann in den einzelnen Fällen die Uebergabe der Sache als erfolgt anzusehen ist,

vergl. insbesondere Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 73 zu Note 1

— nimmt der durch den Vertrag bezweckte Zustand — das

fortdauernde Gewähren und Haben von Gebrauch und Nutzung der Sache gegen Entgelt — seinen Anfang. Die Auffassung liegt nahe, daß nach der Uebergabe der Sache das fortdauernde Verhältnis zwischen der letztern und dem Mieter zugleich als ein dingliches Verhältnis erscheine. Das römische Recht bringt allerdings durch den Satz „Kauf bricht Miete" die entgegengesetzte Auffassung zum Ausdruck; doch neigt sich die heutige Theorie und Praxis des gemeinen Rechts mehr und mehr der ersteren Auffassung zu: dem Mieter wird gegen das possessorische Rechtsmittel des Vermieters auf Räumung die Einrede aus dem Kontrakte zugestanden; dem neuen Erwerber gegenüber hat er ein Recht auf ortsübliche Kündigung; er kann gegen die bevorstehende Veräußerung ein die letztere bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken.

Windscheid a. a. O. Band 2 Note 7 zu § 400, Dernburg a. a. O. § 111 zu Note 29, 30, Buchka und Budde Entscheidungen Band 1 S. 54.

Gemäß dieser Auffassung muß auch im Konkurse des Vermieters der Mieter eine andere Stellung einnehmen als sonstige persönliche Gläubiger. Ist die Uebergabe der Sache erfolgt, kann demnach nicht mehr gefragt werden: soll der Vertrag erfüllt werden oder soll die Erfüllung unterbleiben? sondern die Frage kann nur so lauten: soll der eingetretene Zustand des Gebrauchs nach Inhalt des Vertrages, oder kurzweg: soll der Vertrag fortdauern oder soll er mit der Konkurseröffnung aufgehoben sein? Es findet also die Regel von der infolge der Konkurseröffnung eintretenden Nichterfüllung, vergl. oben § 4 am Ende, keine Anwendung.

II. Der Gemeinschuldner ist Mieter.

§ 18.

Hatte der Gemeinschuldner gemietet, so hat der Konkursverwalter nicht die Wahl, zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen, ebensowenig steht dem Vermieter ein solches Wahlrecht zu. Vielmehr sind beide Parteien verpflichtet, einstweilen das Mietsverhältnis fortzusetzen. Der Konkursverwalter muß nach § 52 Ziff. 2 der Konkursordnung den Mietszins, welcher für die Zeit nach der Konkurseröffnung an den Vermieter zu entrichten ist, als Masseschuld bezahlen, während der Vermieter die ihm für die Zeit vor der Konkurseröffnung zustehende Mietgeldforderung als Konkursforderung anzumelden hat, sofern ihm nicht nach § 41 Ziff. 2 bezw. Ziff. 4 ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht. Verpflichtet ist der Vermieter,

dem Konkursverwalter als dem gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners gemäß dem Vertrage Gebrauch und Nutzung der Sache zu gewähren.

Beide Parteien sind aber berechtigt (vergl. § 17 Zff. 1 der K.-O.), den Vertrag aufzukündigen und auf diese Weise die Aufhebung des Mietsverhältnisses herbeizuführen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche (§ 17 Zff. 1 cit.). Für Mecklenburg ist die gesetzliche Frist durch den § 1 der Verordnung zur Ausführung der Konkursordnung vom 26. Mai 1879, sowie durch die Verordnung betr. Aufkündigungs- und Räumungszeit für Mietswohnungen in den Städten vom 25. Mai 1881 bestimmt.

Infolge der Aufkündigung tritt also die Aufhebung des Mietsverhältnisses ein. Hat der Gemeinschuldner als Pächter bei dem Antritt der Pacht einen Pachtvorschuß geleistet, kann der Verwalter denselben von dem Verpächter zurückfordern, wenn er das Gut kontraktmäßig an den letztern zurückgiebt;

vergl. Karsten a. a. O. S. 36,

ist er noch Pachtzins aus der Masse zu entrichten schuldig, wird er also mit der Forderung auf Rückzahlung des Pachtvorschusses kompensieren können.

Besonders zu prüfen ist die Frage, ob dem Vermieter bei vorzeitiger Aufhebung des Mietsverhältnisses ein Entschädigungsanspruch zusteht. Zweifellos steht ihm ein solcher Anspruch dann nicht zu, wenn er selbst die Kündigung nach § 17 Zff. 1 vorgenommen hat,

vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Rostock in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Band 2 S. 247—250,

auch wenn in dem Mietsvertrage für den Fall vorzeitiger Aufhebung dem Vermieter ein Ersatzanspruch gewährt worden ist. Für den Fall, daß durch die Kündigung des Konkursverwalters die vorzeitige Aufhebung eintritt, gehen die Ansichten der Schriftsteller auseinander. Wilmowski Note 4 zu § 17 entscheidet sich für die Entschädigungsforderung. Das Kündigungsrecht des Verwalters beseitige nur die direkte Erfüllung für die Masse als Masseanspruch, nicht den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Außerdem beruft sich Wilmowski auf die

Motive S. 78,

welche trotz der Verpflichtung des Verwalters zu gehöriger Kündigung dem Verpächter oder Vermieter seine kontraktlichen Ansprüche auf Entschädigung ausdrücklich vorbehalten. Völderndorff Anmerkung b zu § 1 S. 255 ist der Ansicht, ein Ent-

schädigungsanspruch sei für den Vermieter nur dann begründet, wenn abgesehen von dem aus der verkürzten Dauer des Obligationsverhältnisses an sich abgeleiteten pekuniären Interesse, durch die Thatsache der unerwarteten Kündigung selbst ausnahmsweise ein Schaden entsteht, oder für den Fall, daß eine besondere Ersatzleistung im Vertrage stipuliert ist. Das Gesetz sei es, welches die Dauer des Pacht- und Mietverhältnisses abgekürzt habe und das Recht zur außerordentlichen Kündigung gebe. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze wegen Nichterfüllung erscheinen auf diesen Fall nicht anwendbar, für ihn sei, wie erwähnt, in der Konkursordnung ein besonderes Kündigungsrecht geschaffen.

Fitting Note 30 zu § 6 schließt die Entschädigungsforderung ganz aus, weil der Verwalter von einem ihm gesetzlich zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch mache.

Was zunächst die vermittelnde Ansicht v. Völderndorffs anlangt, so bietet für dieselbe meines Ermessens das Gesetz durchaus keinen Anhalt. Die sich gegenüberstehenden Ansichten Wilmowskis und Fittings sind dagegen beide mit dem Wortlaute des Gesetzes wohl vereinbar. Für die Ansicht Fittings spricht folgende Erwägung. Das Gesetz statuiert zu Gunsten des Vermieters, damit derselbe Zeit habe, sich nach einem andern Mieter umzusehen, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß infolge der Konkurseröffnung die Nichterfüllung der Verträge bezw. die Aufhebung der Rechtsverhältnisse eintritt (vergl. oben § 4 am Ende), indem es die Aufhebung des Mietsverhältnisses von einer voraufgegangenen Kündigung abhängig macht. Es soll nur nach voraufgegangener Kündigung die Aufhebung stattfinden, und auch bis zu der Aufhebung der Vermieter aus der Masse das Mietgeld erhalten, andererseits soll aber auch zu Gunsten der Masse die Aufkündigung die endgültige Aufhebung des Rechtsverhältnisses zur Folge haben, sodaß für eine dem Vermieter wegen dieser vorzeitigen Aufhebung zuzubilligende Entschädigungsforderung kein Raum bleibt. So auch bezüglich der ähnlich lautenden Bestimmung des § I der oben citierten Verordnung vom 22. Juni 1811 die

Entscheidung des O.-A.-G. zu Rostock in Buchka und Budde Band 4 S. 64—66.

Mit demselben Recht läßt sich andererseits für die Ansicht Wilmowskis, daß wenn auch das Kündigungsrecht des § 17 Zff. 1 der Konkursordnung in erster Linie zu Gunsten des Vermieters statuiert wurde, der letztere damit nicht voll-

ständig abgethan sein sollte, geltend machen, daß eben in dem Gesetze die Abkürzung des Mietsverhältnisses ohne Entschädigung nicht vorgeschrieben worden ist. Bei dieser Sachlage müssen die Motive, denen sich, wie wir gesehen haben, Wilmowski anschließt, den Ausschlag geben, für das Gebiet des französischen Rechts hat sich das Reichsgericht

vergl. Entscheidungen Band 7 S. 19 bis 21, Band 11 S. 357 bis 359

für die Motive erklärt, ebenso wird auch hinsichtlich des gemeinen Rechts zu entscheiden sein,

vergl. auch v. Amsberg a. a. O. S. 1002, Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 75 Note 1, Endemann a. a. O. S. 174.

III. Der Gemeinschuldner ist Vermieter.

1. Fortsetzung des Mietsverhältnisses nach der Konkurseröffnung.

§ 19.

Ist der Gemeinschuldner Vermieter, so tritt ebenfalls mit der Konkurseröffnung die Regel der Nichterfüllung oder Aufhebung nicht in Kraft. Der Konkursverwalter ist verpflichtet, ebenso wie vor der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner, dem Mieter den Gebrauch und die Nutzung der vermieteten Sache zu gewähren und an sich, wie jeder andere Vermieter nicht berechtigt, dem Mieter vor Ablauf der kontraktsmäßigen Mietszeit die Sache abzunehmen,

vergl. Dernburg § 111 zu Note 29, 30,

der Mieter muß fortan den Mietzins an den Konkursverwalter entrichten

vergl. Motive S. 80, 81.

Streitig ist, ob der Mieter auch dann den Mietzins an den Konkursverwalter zu zahlen verpflichtet ist, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Cession der künftig fällig werdenden Mietzinsen vorgenommen hat. Wenn in solchem Falle die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach den Vorschriften der §§ 22 bis 30 der Konkursordnung nicht vorliegen, ist meines Ermessens die aus der Cession hergeleitete Einrede des Mieters für wirksam zu erachten aus den oben von mir ausgeführten Gründen. So auch

Wilmowski Note 7 zu § 17 S. 101.

Gegenteiliger Ansicht ist das Reichsgericht in

Entscheidungen Band 6 S. 109, vergl. auch Petersen-Kleinfeller a. a. O. S. 74 zu Note 5; Endemann a. a. O. S. 175 zu Note 52 (ohne Begründung).

(Die zweite Instanz hatte meines Ermessens mit Recht die Gründe der ersten Instanz, welche den Mieter trotz der Cession zur Zahlung der Mietzinsen an den Konkursverwalter für verpflichtet hielt, weil der Konkursverwalter und nicht der Gemeinschuldner für die Zeit nach der Konkurseröffnung die Mietnutzung den Mietern gewähre und folgeweise auch für diese Zeit die Mietzinsen zur Konkursmasse zu fordern habe, pp. für rechtsirrtümlich erklärt, jedoch der Klage aus dem Grunde stattgegeben, weil die Cession in dem vorliegenden Falle der Anfechtung aus § 23 der Konkursordnung unterlag. Das Reichsgericht wiederum hielt im wesentlichen an den Gründen der ersten Instanz fest.)

2. Die Veräußerung wirkt wie eine Zwangsversteigerung.

§ 20.

Der Konkursverwalter ist ebenso wie jeder andere Vermieter berechtigt, die Sache zu veräußern. Während nach römischem Recht im Falle der Veräußerung des Mietsobjektes der Mieter von dem neuen Erwerber ohne weiteres exmittiert werden konnte, ist die heutige — fast allgemeine — Praxis dem Mieter insofern günstiger, als der letztere auch dem Erwerber gegenüber ein Recht auf die Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfristen hat und eventuell eine angemessene Zeit zur Räumung beanspruchen kann,

vergl. Dernburg a. a. O. Note 29, 30.

Die Konkursordnung bringt für den Fall einer Veräußerung von Mietsobjekten durch den Konkursverwalter keine positiven Vorschriften, sondern bestimmt im § 17 Zff. 2 nur, daß „eine freiwillige Veräußerung durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung, sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung wirken soll."

Für die Veräußerung beweglicher Sachen wird die angedeutete Praxis des gemeinen Rechts auch weiterhin zur Anwendung kommen, da besondere Vorschriften über die Wirkung einer Zwangsversteigerung solcher Sachen auf die betreffs derselben bestehenden Mietsverhältnisse nicht existiren. Dagegen enthält bezüglich der Wirkungen der Zwangsversteigerung eines Grundstücks auf dessen Pacht- und Mietverhältnisse die Mecklenburgische Verordnung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen vom 24. Mai 1879 in den §§ 31 bis 33 besondere Bestimmungen, welche hier noch einer näheren Betrachtung unterzogen werden müssen.

Wie das Konkursverfahren mit der Konkurseröffnung, so beginnt das Zwangsvollstreckungsverfahren nach der citierten mecklenburgischen Verordnung mit dem Beschlusse der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder zum Zwecke der Zwangsverwaltung, je nachdem das Zwangsvollstreckungsverfahren durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung zu erfolgen hat. Objekt der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung — die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung kommt für uns weiter nicht in Betracht — ist die sogenannte Immobiliarmasse, also das betreffende Grundstück nebst denjenigen Gegenständen, welche nach dem geltenden Rechte zu der Immobiliarmasse desselben zu rechnen sind, vergl. § 3 der Verordnung. Zu diesen Gegenständen gehören nach mecklenburgischem Recht, vergl. betreffs der Landgüter im Sinne der Rev. Ritterschaftl. Hypothekenordnung der Höfe und Gehöfte von mindestens 37½ Scheffeln mit Hypothekenbuch oder Stadtbuch

§ 1 Zff. 5, § 5 und § 7 der Verordnung zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung vom 3. Mai 1879;

ferner für die übrigen Grundstücke

v. Meibom Hypothekenrecht S. 192, Entscheidung des O.-A.-G. zu Rostock vom 23. Juli 1859 in der Sammlung von Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen Band 4 S. 53; Seufferts Archiv Band 30 S. 187;

auch die nach bewirkter Beschlagnahme fällig werdenden Pacht- und Mietzinsen, welche von diesem Zeitpunkt an

vergl. §§ 27 bis 30, § 34 der Verordnung vom 24. Mai 1879

nicht mehr an den Schuldner, sondern an den Sequester bezw. an das Vollstreckungsgericht zu entrichten sind, sodaß das Mietverhältnis einstweilen zu Gunsten der bei der Zwangsversteigerung beteiligten Gläubiger unverändert bestehen bleibt. Ueber die Dauer desselben enthielt der Entwurf der Verordnung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen, analog der Vorschrift des § I der Verordnung vom 22. Juni 1811, die Bestimmung, daß mit der Zustellung der Benachrichtigung von der Beschlagnahme an den Mieter das Mietsverhältnis kraft Gesetzes als aufgekündigt gelten solle; auf Antrag der Stände ist aber der Eintritt der Aufkündigung in einen späteren Zeitpunkt, nämlich den Zeitpunkt der Zustellung der Benachrichtigung von der Erteilung des Zuschlages verlegt worden, vergl. § 31 der Verordnung. Die Fristen für den Ablauf der Pachtverträge sind in dem § 32 geregelt und zwar werden ad 1 die Pachtverträge über Landgüter, Erbpachthöfe, Erbpachtstellen und Büdnereien, ad 2 die

Mietverträge über Wohnungs- und andere Räume und ad 3 die anderen Pacht- und Mietverträge berücksichtigt, deren Beendigung infolge der Aufkündigung, falls nicht die Pacht- oder Mietperiode bereits in einem früheren Zeitpunkte abgelaufen war, ad 1 ein Jahr nach dem auf den vorher erwähnten Zeitpunkt folgenden ersten Johannistermine, ad 2 in dem zweiten auf den genannten Zeitpunkt folgenden gewöhnlichen Umzugstermine (vergl. für die auf Stadtgebiet d. h. innerhalb der Städte, Vorstädte und städtischen Feldmarken belegenen Mietswohnungen § 2 der Verordnung betr. Aufkündigungs- und Räumungszeit für Mietswohnungen in den Städten vom 25. Mai 1881), und ad 3 ein Jahr nach Beendigung des zu jenem Zeitpunkte laufenden Kontraktsjahres erfolgt. Eine in dem Pacht- bezw. Mietvertrage unter Abänderung des Gesetzes bedungene längere Kündigungsfrist darf nicht maßgebend sein. Im Gegensatz zu der Vorschrift der mehrfach citierten Verordnung vom 22. Juni 1811, vergl. die Ausführungen im § 18 und die dortigen Citate, bestimmt der § 33 der Verordnung vom 24. Mai 1879 für den Fall der Beendigung des Pacht- oder Mietvertrages vor der vereinbarten Pacht- oder Mietzeit eine Haftung des Schuldners dem Pächter oder Mieter gegenüber auf das Interesse. Wenn, so heißt es in den Motiven zu jenem Gesetze S. 34, 35, die Aufkündigung kraft Gesetzes lediglich zu dem Zwecke erfolgt, um den Realgläubigern und den die Zwangsversteigerung betreibenden persönlichen Gläubigern die Verwertung des Grundstücks zu ermöglichen bezw. zu erleichtern, so dürfte es an einem durchschlagenden Motive mangeln, dem Pächter oder Mieter einen Anspruch gegen den Schuldner auf das Interesse zu versagen. Es dürfte vielmehr der Billigkeit entsprechen, im Anschluß an das Preußische Recht dem Pächter oder Mieter einen Anspruch auf das Interesse gegen den Verpächter oder Vermieter bezw. im Falle des Konkurses derselben eine Konkursforderung einzuräumen, in gleicher Weise wie in dem Falle, wenn ihnen der Besitz der gepachteten oder gemieteten Sache von einem Besserberechtigten genommen — evinziert — wird. Zu demselben Resultate sind wir auch oben im § 18 bezüglich des Falles, wenn der Gemeinschuldner gemietet hat und durch die Kündigung des Konkursverwalters das Mietsverhältnis vor der im Vertrage bestimmten Zeit aufgelöst wird, gelangt, indem wir dort im Anschluß an die Ansicht Wilmowskis dem Vermieter einen als Konkursforderung geltend zu machenden Entschädigungsanspruch zugebilligt haben.

Die eben besprochenen Vorschriften der Verordnung vom 24. Mai 1879 haben in Beihalt des § 17 Zff. 2 der Konkursordnung, wie bereits hervorgehoben ist, auch für den Fall zur entsprechenden Anwendung zu kommen, wenn der Konkursverwalter eine von dem Gemeinschuldner vermietete unbewegliche Sache „freiwillig" — aus freier Hand (vergl. betreffs der Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung § 122 Zff. 1 der Konkursordnung) veräußert. In Beihalt des § 31 der Verordnung hat der Konkursverwalter den Mieter von der geschehenen freiwilligen Veräußerung zu benachrichtigen, und wird mit der Zustellung dieser Benachrichtigung die Aufkündigung des betreffenden Mietsvertrages als bewirkt anzusehen sein. Was die Folgen der Aufkündigung anlangt, so wird die Beendigung des Mietsverhältnisses in Gemäßheit des § 32 der Verordnung einzutreten haben, und wird es dann dem Mieter freistehen, die ihm für den Fall der Beendigung des Mietsverhältnisses vor der vertragsmäßigen Zeit nach § 33 zustehende Interesseforderung gemäß § 21 der Konkursordnung

vergl. Fitting a. a. O. Note 28 zu § 6; Wilmowski a. a. O. Note 8 zu § 17

als Konkursforderung geltend zu machen.